Ministère de l'Egalité des territoires et du Logement

* * *

Professionnalisation de la maîtrise d'ouvrage d'insertion (MOI)

Restructuration du patrimoine immobilier

* * *

GUIDE PRATIQUE

Ce guide, réalisé à la demande du Ministère de l'Egalité des territoires et du Logement, a été rédigé par :

- Gilles Hengoat et Christian Bande, Experts Comptables – Commissaires aux Comptes (GRANT THORNTON) ;

- et une équipe d'Avocats de la Société GT SA.

Paris, le 30 avril 2012

* * *

SOMMAIRE

ABREVATIONS 8

PROPOS LIMINAIRES 9
1. Rappel du contexte 9
2. La présentation de la mission 10

MODE D'EMPLOI DU GUIDE 11

1 CHAPITRE : LES DIFFERENTS ACTEURS 15

1.1 LES FICHES DE SYNTHESE 15

1.1.1 LES ORGANISMES D'HABITATIONS A LOYER MODERE (HLM) 16
1.1.1.1 L'office public de l'habitat 16
1.1.1.2 La société anonyme d'habitations à loyer modéré 18
1.1.1.3 La société anonyme coopérative de production (SCP HLM) 20
1.1.1.4 La société anonyme coopérative d'intérêt collectif HLM (S.C.I.C HLM) 22

1.1.2 LES ORGANISMES PRIVES NON HLM 24
1.1.2.1 La société d'économie mixte 24
1.1.2.2 L'association 26
1.1.2.3 L'association reconnue d'utilité publique 28
1.1.2.4 La fondation d'utilité publique 29
1.1.2.5 La société anonyme 30
1.1.2.6 La société par actions simplifiée 31
1.1.2.7 La société à responsabilité limitée 32
1.1.2.8 L'Union d'Economie Sociale (UES) 33

1.2 LA PRESENTATION DETAILLEE DES DIFFERENTS ACTEURS 34

1.2.1 LES ORGANISMES D'HABITATIONS A LOYER MODERE (HLM) 34

1.2.1.1 L'office public de l'habitat 35
1.2.1.1.1 Le régime juridique 35
1.2.1.1.2 Le régime fiscal 40
1.2.1.1.3 Les modalités de contrôle 40

1.2.1.2 La société anonyme d'habitations à loyer modéré 41
1.2.1.2.1 Le régime juridique 41
1.2.1.2.2 Le régime fiscal 44
1.2.1.2.3 Les modalités de contrôle 44

1.2.1.3 La société anonyme coopérative de production et la société anonyme coopérative d'intérêt collectif 45
1.2.1.3.1 Le régime juridique 45
1.2.1.3.2 Le régime fiscal 49
1.2.1.3.3 Les modalités de contrôle 49
1.2.1.3.4 Les points d'attention particuliers 50

1.2.2 LES ORGANISMES PRIVES NON HLM 51

1.2.2.1 La société d'économie mixte 51
1.2.2.1.1 Le régime juridique 51
1.2.2.1.2 Le régime fiscal 58
1.2.2.1.3 Les modalités de contrôle 59
1.2.2.1.4 Les points d'attention particuliers 60

1.2.2.2 L'association 61
1.2.2.2.1 Le régime juridique 61
1.2.2.2.2 Le régime fiscal 71
1.2.2.2.3 Les modalités de contrôle 72
1.2.2.2.4 L'association reconnue d'utilité publique 72
1.2.2.2.5 Les points d'attention particuliers 73

1.2.2.3 La fondation d'utilité publique 74
1.2.2.3.1 Le régime juridique 74
1.2.2.3.2 Le régime fiscal 77
1.2.2.3.3 Les modalités de contrôle 77
1.2.2.3.4 Les points d'attention particuliers 77

1.2.2.4 La société anonyme 78
1.2.2.4.1 Le régime juridique 78
1.2.2.4.2 Le régime fiscal 81
1.2.2.4.3 Les modalités de contrôle 81
1.2.2.4.4 Les points d'attention particuliers 81

1.2.2.5 La société par actions simplifiée 82
1.2.2.5.1 Le régime juridique 82
1.2.2.5.2 Le régime fiscal 84
1.2.2.5.3 Les modalités de contrôle 84
1.2.2.5.4 Les points d'attention particuliers 84

1.2.2.6 La société à responsabilité limitée 86
1.2.2.6.1 Le régime juridique 86
1.2.2.6.2 Le régime fiscal 87
1.2.2.6.3 Les modalités de contrôle 88
1.2.2.6.4 Les points d'attention particuliers 88

1.2.2.7 L'Union d'Economie Sociale (UES) 89
1.2.2.7.1 Le régime juridique 89
1.2.2.7.2 Le régime fiscal 91
1.2.2.7.3 Les modalités de contrôle 91
1.2.2.7.4 Les points d'attention particuliers 91

1.3 LE REGIME DES CONVENTIONS REGLEMENTEES 92

1.3.1 PROPOS INTRODUCTIFS 92

1.3.2 LES CONVENTIONS INTERDITES 93

1.3.2.1 Les personnes concernées 93
1.3.2.1.1 Les dirigeants 93

1.3.2.1.2 Les personnes liées aux dirigeants 93
1.3.2.1.3 Les dirigeants exclus 94

1.3.2.2 Les opérations concernées 94

1.3.2.3 Les conséquences de la conclusion d'une convention interdite 94
1.3.2.3.1 La nullité des conventions interdites 94
1.3.2.3.2 La responsabilité des dirigeants 95

1.3.3 LES CONVENTIONS REGLEMENTEES 96

1.3.3.1 Le champ d'application 96
1.3.3.1.1 Les personnes concernées 96
1.3.3.1.2 Les opérations concernées 100

1.3.3.2 La procédure 100

1.3.3.3 Les conséquences 107
1.3.3.3.1 Des conventions régulières 107
1.3.3.3.2 Des conventions irrégulières 108

1.3.4 LES CONVENTIONS LIBRES 111

1.3.4.1 La notion d'opération courante conclue à des conditions normales 111
1.3.4.1.1 Propos liminaires 111
1.3.4.1.2 Notion d'opération courante 112

1.3.4.2 Quelques cas d'application 112

1.3.5 LE CAS DES ORGANISMES HLM 114

1.3.5.1 Propos liminaires 114
1.3.5.2 Articles du Code de la Construction et de l'Habitation 115

2 CHAPITRE 2 : LES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION DU PATRIMOINE IMMOBILIER 116

2.1 LES FICHES DE SYNTHESE 116

2.1.1 LA CESSION DE BIENS IMMOBILIERS 117

2.1.1.1 D'une association ou fondation à un organisme HLM 117
2.1.1.2 D'une association ou fondation à une association ou fondation 120
2.1.1.3 D'une association ou fondation à une société d'économie mixte 122
2.1.1.4 D'une association ou fondation à une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société ou société à responsabilité limitée 125
2.1.1.5 D'une association ou fondation à une Union d'Economie Sociale 127
2.1.1.6 D'une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée à un organisme HLM 129
2.1.1.7 D'une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée à une association ou fondation 131
2.1.1.8 D'une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée à une société d'économie mixte 133

2.1.1.9 D'une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée à une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée 135

2.1.2 LA FUSION 137

2.1.2.1 Entre associations (ou fondations) 137
2.1.2.2 Entre une association ou fondation et un organisme HLM 139
2.1.2.3 Entre une association ou fondation et une société d'économie mixte 141
2.1.2.4 Entre une association ou fondation et une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée 143
2.1.2.5 Entre une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée et un organisme HLM 145
2.1.2.6 Entre une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée et une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée 147

2.1.3 L'APPORT 149

2.1.3.1 Entre associations (ou fondations) 149
2.1.3.2 Entre une association ou fondation et un organisme HLM 151
2.1.3.3 Entre une association ou fondation et une société d'économie mixte 154
2.1.3.4 Entre une association ou fondation et une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée 157
2.1.3.5 Entre une société anonyme ou société par actions simplifiée ou une société à responsabilité limitée et une société anonyme ou société par actions simplifiée ou une société à responsabilité limitée 158
2.1.3.6 Entre une société anonyme ou société par actions simplifiée ou une société à responsabilité limitée et un organisme HLM 160

2.1.4 LE BAIL EMPHYTEOTIQUE 162

2.1.5 LE BAIL A REHABILITATION 165

2.1.6 LE BAIL A CONSTRUCTION 167

2.1.7 LE DEMEMBREMENT DE DROIT DE PROPRIETE 170

2.2 LA PRESENTATION DES DIFFERENTES FORMES D'INTERVENTION 173

2.2.1 LE TRANSFERT DE PATRIMOINE 173

2.2.1.1 La cession de patrimoine 173
2.2.1.1.1 Le régime juridique 173
2.2.1.1.1.1 Les parties 173
2.2.1.1.1.2 L'immeuble 176
2.2.1.1.1.3 Le prix de vente 179
2.2.1.1.1.4 La formation de la vente 181
2.2.1.1.1.5 Les effets de la vente 188

2.2.1.1.2 La fiscalité 190

2.2.1.1.3 La vente HLM 190

2.2.1.2 La fusion (et opérations liées) 191

2.2.1.2.1 Le régime juridique 191
2.2.1.2.1.1 La présentation des opérations de fusion (et opérations liées) 191
2.2.1.2.1.2 Le déroulement des opérations 192
2.2.1.2.1.3 La fusion simplifiée 194
2.2.1.2.1.4 La transmission universelle de patrimoine (TUP) 194

2.2.1.2.2 Le régime fiscal 196

2.2.1.3 L'apport 196
2.2.1.3.1 Le régime juridique 196
2.2.1.3.1.1 L'apport partiel d'actifs 196
2.2.1.3.1.2 L'apport en nature 198

2.2.1.3.2 La fiscalité 203

2.2.2 LES AUTRES MODALITES DE RESTRUCTURATION DU PATRIMOINE IMMOBILIER 204

2.2.2.1 Les baux 204
2.2.2.1.1 Le bail emphytéotique 204
2.2.2.1.1.1 La définition 204
2.2.2.1.1.2 Les caractéristiques juridiques 204
2.2.2.1.1.3 La fiscalité 212

2.2.2.1.2 Le bail à réhabilitation 213
2.2.2.1.2.1 La définition 213
2.2.2.1.2.2 Les caractéristiques juridiques 214
2.2.2.1.2.3 La fiscalité 224

2.2.2.1.3 Le bail à construction 225
2.2.2.1.3.1 La définition 225
2.2.2.1.3.2 Les caractéristiques juridiques 225
2.2.2.1.3.3 La fiscalité 229

2.2.2.2 Le commodat 230
2.2.2.2.1 La définition 230
2.2.2.2.2 Les principales caractéristiques 231

2.2.2.3 Le démembrement de propriété 233
2.2.2.3.1 La définition 233
2.2.2.3.2 Les caractéristiques juridiques 234
2.2.2.3.3 La fiscalité 240

ABREVIATIONS

AG	Assemblée générale
AGE	Assemblée générale extraordinaire
AGO	Assemblée générale ordinaire
APE	Appel public à l'épargne
BE	Bail emphytéotique
BEA	Bail emphytéotique administratif
CA	Conseil d'administration
CAC	Commissaire aux comptes
CC	Code civil
CCH	Code de la Construction et de l'Habitation
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
CRC	Comité de la réglementation comptable (règlement CRC)
CS	Conseil de surveillance
DE	Droits d'enregistrement
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
EPIC	Etablissement public industriel et commercial
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
ESH	Entreprise sociale pour l'habitat
GIE	Groupement d'intérêt économique
HLM	Habitations à loyer modéré
IS	Impôt sur les sociétés
LME	Loi de modernisation de l'économie
MIILOS	Mission interministérielle d'inspection du logement social
MOI	Maîtrise d'ouvrage d'insertion
OLS	Organisme de logement social
OPH	Office public de l'habitat
PCG	Plan comptable général
SA	Société anonyme
SA HLM	Société anonyme d'habitations à loyer modéré
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SASU	Société par action simplifiée unipersonnelle
SCI	Société civile immobilière
SCIC	Société anonyme coopérative d'intérêt collectif
SCIC HLM	Société anonyme coopérative d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré
SCP HLM	Société anonyme coopérative de production d'habitations à loyer modéré
SEM	Société d'économie mixte
SEML	Société d'économie mixte locale
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UES	Union d'économie sociale
UESL	Union d'économie sociale du logement

PROPOS LIMINAIRES

1. RAPPEL DU CONTEXTE

Le gouvernement a mis en œuvre deux réformes d'importance majeure concernant le logement et l'hébergement des personnes défavorisées.

La première réforme a débuté à la suite de la mission du député Etienne PINTE et vise, dans le cadre du grand chantier 2008-2012 décidé par le Premier ministre, à **humaniser les centres d'hébergement**, qu'ils soient d'urgence, de stabilisation ou d'insertion.

Sous l'égide de la délégation interministérielle à l'hébergement et à l'accès au logement (DIHAL) dirigée par le Préfet Alain REGNIER, les opérations d'humanisation bénéficient, selon les orientations données par la circulaire du 5 mars 2009, de financements destinés à :

- la réhabilitation et l'amélioration des centres d'hébergement existants grâce aux crédits mis en place à l'Anah ;
- la production des places d'hébergement nécessaires au desserrement des structures collectives qui ne disposaient que de chambres à plusieurs places, ce desserrement pouvant se faire dans des bâtiments, soit neufs soit acquis et améliorés.

Cette humanisation vise à offrir des conditions d'accueil dignes, similaires à celles des logements foyers via l'application des mêmes normes.

Les opérations proposées au financement sont prévues par les plans départementaux d'accueil, d'hébergement et d'insertion (PDAHI) qui sont, depuis la loi du 25 mars 2009 inclus dans les plans départementaux d'action pour le logement des personnes défavorisées (PDALPD), ce, afin de garantir la cohérence des actions visant le logement et l'hébergement de ces personnes.

La seconde réforme vise à **professionnaliser la maîtrise d'ouvrage d'insertion (MOI),** c'est-à-dire l'activité immobilière de construction, d'achat et d'entretien de logements dans tous les domaines de l'activité immobilière : négociations foncières, établissement de plan stratégique de patrimoine, mise en œuvre de travaux, optimisation des plans de financement, ce qui nécessite des compétences spécifiques en matière bâtimentaire, immobilière, financière, comptable, fiscale, etc.

Pour s'assurer de la professionnalisation des organismes qui vont bénéficier d'aides publiques importantes du fait de la spécificité des personnes logées et hébergées et qui vont devoir gérer le remboursement de crédits sur 50 ans, l'article L. 365-2 (issu de l'article 2 de la loi du 25 mars 2009) du code de la construction et de l'habitation (CCH) prévoit que ces organismes doivent disposer, à compter du 1er janvier 2011, d'un agrément octroyé par l'Etat dans les conditions prévues aux articles R. 365-1 et suivants du CCH issus du décret n°2009-1684 du 30 décembre 2009 ; ces critères étant calqués sur ceux en vigueur pour l'attribution des agréments aux organismes HLM.

Or l'établissement des PDAHI et de la programmation des travaux qui en résulte conduisent au constat suivant : il existe de nombreuses situations où les gestionnaires sont souvent propriétaires d'une ou quelques structures mais sans pouvoir prétendre à l'octroi d'un agrément dans la mesure où ils n'ont généralement pas l'intention d'accroître leur parc et ne resteront donc que des acteurs immobiliers occasionnels.

2. PRESENTATION DE LA MISSION

Le ministère a souhaité disposer et pouvoir mettre à disposition des différentes fédérations professionnelles et de leurs adhérents **des fiches techniques** expliquant selon quelles modalités juridiques, financières et fiscales des transferts de propriété peuvent être effectués entre les différents opérateurs intervenant dans le domaine du logement et de l'hébergement.

Ces fiches prennent en compte les différentes formes que peuvent prendre les intervenants (organismes HLM, associations loi de 1901, UES, organismes menant des activités lucratives et non lucratives), l'origine de la propriété et du financement de ces biens, et distinguent les éventuelles difficultés selon que le propriétaire d'origine reste ou non gestionnaire du bien.

Parallèlement aux fiches concernant le transfert de propriété, d'autres fiches techniques, sous le triple angle juridique, financier et fiscal sont élaborées en recensant et en analysant les différentes modalités de transfert de droits réels, sans transfert de la propriété (à titre d'exemple : baux emphytéotiques, baux à réhabilitation, usufruit, etc.).

Ces fiches doivent être une aide directe à la décision et doivent donc mettre en exergue les avantages, les inconvénients, voire les risques que comporte chaque modalité et indiquer les différentes étapes de la mise en œuvre de chaque solution.

Une attention particulière devrait être portée aux éventuelles contraintes liées au fait que certains biens peuvent provenir de dons et legs.

Les principales fédérations professionnelles concernées par la réforme des agréments MOI (FAPIL, UNAFO, Fédération des PACT, FNARS, UNHAJ, UNIOPSS) ont été sollicitées pour préparer les cas concrets pour l'élaboration des fiches.

MODE D'EMPLOI DU GUIDE

Le présent **GUIDE PRATIQUE** est organisé autour de deux chapitres.

* * *

Le **premier chapitre** a pour objet de présenter les différents acteurs susceptibles d'être parties prenantes aux opérations de restructuration immobilière envisagées.

Seules les formes juridiques les plus souvent retenues par lesdits acteurs sont traitées dans le présent Guide.

Une ***première partie*** présente les fiches de synthèse consacrées à chacun de ces acteurs.

Afin d'en faciliter la lisibilité et la comparaison entre les acteurs étudiés, chaque fiche est présentée sous le même format et s'articule autour de thèmes identiques, qui sont les suivants :

Forme/Création
Capital social minimum
Objet/ Compétences
Actionnariat
Organe de gestion et d'administration
Prise de décisions
Particularités
Régime comptable et Financier
Marchés
Régime des conventions réglementées
Possibilité de faire appel public à l'épargne
Régime fiscal
Modalités de contrôle

Une ***seconde partie*** expose de façon détaillée et selon un plan également similaire d'un acteur à l'autre, les spécificités de ceux-ci.

Les thèmes abordés sont les suivants :

- Le régime juridique ;
- Le régime fiscal ;
- Les modalités de contrôle ;
- Les points d'attention particuliers (pour les organismes privés non HLM, plus particulièrement).

Une ***troisième partie*** est consacrée au régime des conventions dites « réglementées », le sujet étant apparu utile d'être évoqué dans le cadre de la réalisation d'opérations de restructuration immobilière, susceptibles d'engendrer des « conflits d'intérêt ».

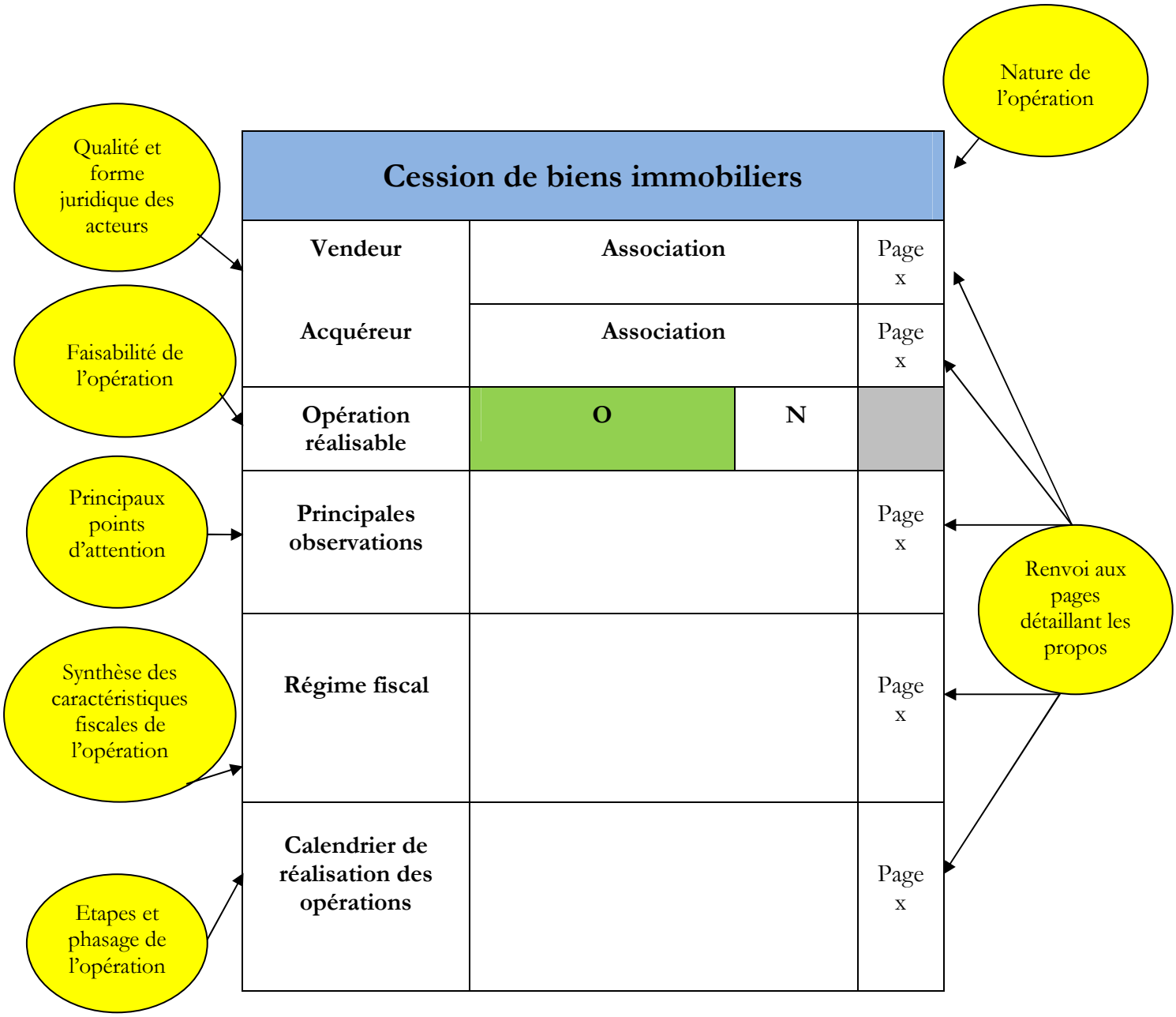
* * *

Le **second chapitre** expose les principales modalités de réalisation des opérations de restructuration immobilière pouvant intervenir entre les acteurs identifiés précédemment.

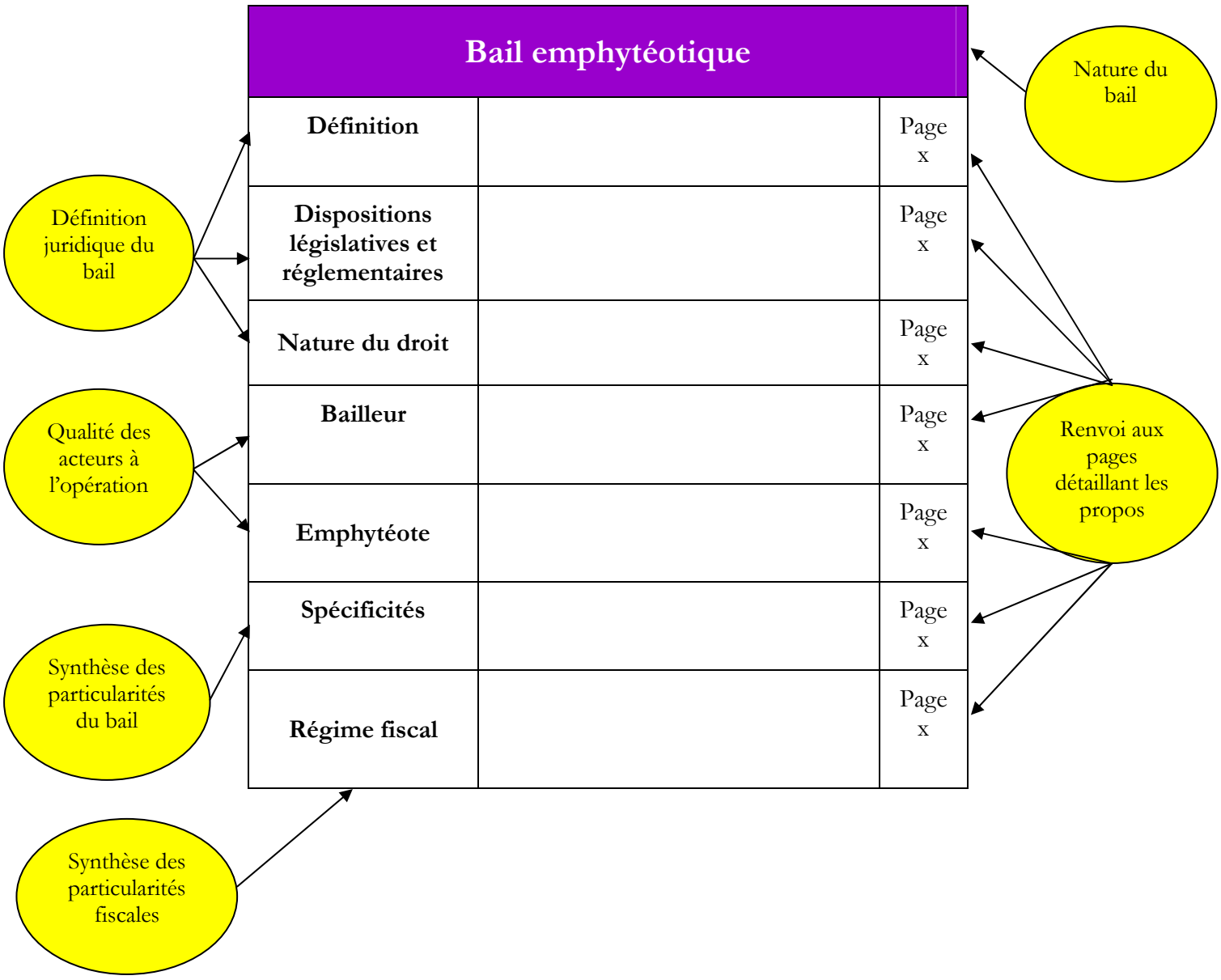
Une ***première partie*** présente les fiches de synthèse de ces différentes opérations, en les déclinant selon les thèmes suivants :

- Le transfert de propriété :
  - La cession de patrimoine ;
  - Les opérations de fusion ;
  - Les opérations d'apport ;
- Les autres modalités de restructuration immobilière :
  - Les baux ;
    - Le bail emphytéotique ;
    - Le bail à réhabilitation ;
    - Le bail à construction ;
  - Le commodat ;
  - Le démembrement de propriété.

Les fiches portant sur le transfert de propriété sont présentées de la façon suivante :



Les fiches portant sur les baux sont présentées, quant à elles, de la façon suivante :



Une ***seconde partie*** expose de façon détaillée les différents modes opératoires présentés dans les fiches de synthèse, qu'il s'agisse d'opérations emportant transfert de patrimoine ou des autres opérations de restructuration immobilière envisagées dans le présent Guide.

1 CHAPITRE : LES DIFFÉRENTS ACTEURS

1.1 LES FICHES DE SYNTHÈSE

1.1.1 Les organismes d'habitations à loyer modéré (HLM)

1.1.1.1 L'office public de l'habitat

Forme / Création	• Etablissement Public Industriel et Commercial (EPIC) • Création résultant d'une délibération de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou de l'établissement public de rattachement, puis décret (CCH, art. L. 421-7) pris sur avis du comité régional de l'habitat de la région dans laquelle l'office aura son siège et du conseil supérieur des habitations à loyer modéré (CCH, art. R. 421-1I)
Capital social minimum	• Néant
Objet / Compétences	• Défini aux articles L. 421-1 à L. 421-4 du CCH • Compétences d'attribution : o Compétences principales, notamment : construction et gestion de logements locatifs destinés « aux personnes et aux familles de ressources modestes », que ces logements leur appartiennent ou qu'ils appartiennent à des tiers (autres organismes HLM, SEM, Foncière-Logement, collectivités territoriales.) o Compétences annexes : production et commercialisation de logements groupés en accession à la propriété, activité de location-accession, prestataire de services pour tiers, aménagement de lotissements, gestion de foyers de jeunes …. • Compétence territoriale : elle est régionale et peut être étendue aux départements limitrophes après accord de la commune d'implantation de l'opération
Actionnariat	• Absence d'actionnariat
Organe de gestion et d'administration	• Un Conseil d'Administration (CA) comportant, en fonction de certains critères, 17, 23 ou 27 membres et composé de : o la Collectivité territoriale de rattachement (obligatoire et majoritaire) o des représentants des locataires (obligatoire et au moins 1/6 des sièges) o au moins une association d'insertion ou de logement de personnes défavorisées (obligatoire) o d'autres représentants d'organismes socioprofessionnels • Il règle par ses délibérations les affaires de l'OPH et décide de la politique générale de l'établissement • Un président, élu par le CA parmi les représentants de la collectivité ou l'établissement public de rattachement. L'art. R. 421-17 du CCH énumère ses attributions (liste exhaustive) • Un directeur général, nommé par le CA sur proposition du président, ne peut pas être choisi parmi les membres du CA. L'art. R. 421-18 énumère ses attributions (liste exhaustive)
Prise de décisions	• Pouvoirs partagés entre le CA et son président qui fixent les orientations stratégiques, et le directeur général qui les met en œuvre
Régime comptable et Financier	• Choix possible entre comptabilité publique et privée • Application d'une Instruction Comptable spécifique (différenciée selon que l'OPH soit soumis à l'un ou l'autre régime) et de ses avenants • Processus budgétaire spécifique si régime de la comptabilité publique et intervention du Trésor Public dans le processus comptable
Marchés	• Soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence (Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005), et non plus au Code des marchés public depuis la loi du 17 mai 2011, codifié à l'article L. 421-26 du CCH.
Régime des conventions réglementées	• Respect des articles L.423-10 et L.423-11 du CCH • Absence de rapport du Commissaire aux Comptes (dans les OPH à comptabilité privée)

Possibilité de faire APE	• NON
Régime fiscal	• Exonération d'impôt (IS) sur les sociétés sur les activités relevant du service d'intérêt général
Modalités de contrôle	• Contrôle de la légalité de certains actes (transmission au Préfet) • Contrôles administratifs • Contrôles des Chambres Régionales des Comptes • Contrôle de la MIILOS • Si comptabilité privée, le Commissaire aux Comptes est obligatoire • Si comptabilité publique, absence de Commissaire aux Comptes

1.1.1.2 La société anonyme d'habitations à loyer modéré

Forme / Constitution	• Société Anonyme (les Statuts doivent se conformer aux clauses types fixées par le CCH) • Agrément HLM : o par le ministre chargé de la construction et de l'habitation après avis du conseil départemental de l'habitat et du conseil supérieur des habitations à loyer modéré (CCH, art. R. 422-16) o par le Préfet du département pour agréer spécialement une SA HLM aux fins d'intervenir dans la réalisation d'opérations d'aménagement comme prestataire de services de SEM (article R. 422-4 du CCH modifié)
Capital social minimum	• 37 000 €
Objet / Compétences	• Défini à l'article L. 422-2 du CCH • Compétences d'attribution o Compétences principales, notamment : construction et gestion de logements locatifs destinés « aux personnes et aux familles de ressources modestes », que ces logements leur appartiennent ou qu'ils appartiennent à des tiers (autres organismes HLM, SEM, Foncière-Logement, collectivités territoriales.) o Compétences annexes : production et commercialisation de logements groupés en accession à la propriété, activité de location-accession, prestataire de services pour tiers, aménagement de lotissements, gestion de foyers de jeunes …. • Compétences territoriales : En principe compétence régionale qui s'étend aux départements limitrophes si les communes concernées l'acceptent. Après accord du Ministre chargé du Logement (qui examine notamment la situation économique de la société), cette compétence peut être étendue aux régions limitrophes voire au niveau national • Lucrativité limitée : Prix de cession des actions, montant des dividendes distribués aux actionnaires strictement encadrés par la réglementation, bénéfices devant être réinvestis dans l'objet social
Actionnariat	• Répartition en 4 catégories d'actionnaires o Un actionnaire de référence (majorité du capital) qui peut être constitué "d'un groupe de deux ou trois actionnaires" liés entre eux par un pacte et s'exprimant d'une seule voix dans les assemblées générales de la société anonyme o Certaines collectivités ou groupements (dans certaines conditions) o Les représentants des locataires o Les autres personnes morales et les personnes physiques • Représentation aux assemblées générales sans qu'il y ait nécessairement proportionnalité entre la quotité de capital détenu et le nombre de droits de vote
Organe de gestion et d'administration	• Les règles de droit commun des sociétés commerciales (avec quelques aménagements) s'appliquent à l'organisation administrative qui comprend : o Une Assemblée Générale des actionnaires : réunit au moins une fois par an pour approuver les comptes, décider de la distribution des dividendes et élire le CA. o Un Conseil d'Administration (ou Directoire et conseil de surveillance), élu par l'AG o (18 sièges maximum, dont 3 représentants élus des locataires). Les actionnaires des collèges 2, 3 et 4 disposent d'une minorité de blocage. o Un Président o Un directeur général
Prise de décisions	• Choix à opérer entre une structure dualiste (Directoire et Conseil de Surveillance) et un Conseil d'Administration unique
Régime comptable et Financier	• Application d'une Instruction Comptable spécifique et de ses avenants • Absence de régime budgétaire particulier

Marchés	• Soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence (Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005)
Régime des conventions réglementées	• Respect des articles L.423-10 et L.423-11 du CCH • Rapport spécial du Commissaire aux Comptes
Possibilité de faire APE	• NON
Régime fiscal	• Exonération d'impôt (IS) sur les sociétés sur les activités relevant du service d'intérêt général
Modalités de contrôle	• Contrôle administratif • Contrôle de la MIILOS • Contrôle d'un Commissaire aux Comptes obligatoire (SA)

1.1.1.3 La société anonyme coopérative de production HLM (SCP HLM)

Forme/ Constitution	• SA à capital variable de forme coopérative • Agrément HLM (par le ministre chargé de la construction et de l'habitation après avis du conseil départemental de l'habitat et du conseil supérieur des habitations à loyer modéré - CCH, art. R. 422-16
Capital social minimum	• 18 500 €, capital variable sans toutefois pouvoir être inférieur à ce montant
Objet / Compétences	• Compétence d'attribution : établie conformément à l'article L. 422-3 du CCH et détaillée dans la clause-type n° 3 annexée à l'article R. 422-6 du CCH : • A pour vocation principale de construire des logements en accession sociale à la propriété, de construire et gérer des logements locatifs soumis à la réglementation HLM, de gérer des syndicats de copropriétés. • Compétences territoriales : En principe compétence régionale qui s'étend aux départements limitrophes si les communes concernées l'acceptent. Après accord du Ministre chargé du Logement (qui examine notamment la situation économique de la société), cette compétence peut être étendue aux régions limitrophes • Lucrativité limitée : (plafonnement du dividende, réserves impartageables)
Actionnariat	• Les associés peuvent être : o Des salariés (obligatoire) o Des usagers (obligatoire) o Des personnes physiques participant bénévolement à l'activité de la société o Des collectivités territoriales (maximum 20 % du capital) o Toute personne physique ou morale qui contribue par tout autre moyen à l'activité de la coopérative • En plus des catégories devant obligatoirement être présentes, une autre au moins des catégories doit également être représentée
Organe de gestion et d'administration	• Les règles de droit commun des sociétés commerciales s'appliquent à l'organisation administrative qui comprend : o Une Assemblée Générale o Un Conseil d'Administration (ou Directoire et conseil de surveillance), Lorsqu'elles exercent une activité de gestion locative, le conseil d'administration (ou de surveillance) comprend au moins un représentant des coopérateurs locataires désigné par l'AG (Clause-type n° 8) o Un président o Un directeur général
Prise de décisions	• Chaque associé dispose d'une voix à l'assemblée générale (règle de la coopération) ou, s'il y a lieu, dans le collège auquel il appartient, chaque collège disposant d'un nombre de voix librement défini dans les statuts (minimum 10 %; maximum 50%) • Choix à opérer entre une structure dualiste (Directoire et Conseil de Surveillance) et un Conseil d'Administration unique
Particularités	• Possibilité de se transformer en SA HLM lorsque la survie de l'entreprise ou les nécessités de son développement l'exigent, ou en SCIC HLM (art. L.422-3-2 du CCH) Cette décision n'entraine pas la création d'une personne morale nouvelle. A peine de nullité, la décision de transformation doit être agréée par le ministre chargé de la construction et de l'habitation

Régime comptable et Financier	• Application d'une Instruction Comptable spécifique et de ses avenants • Absence de régime budgétaire particulier La société doit faire procéder périodiquement à l'examen analytique de sa situation financière (Clause-type n° 18)
Marchés	• Soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence (Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005)
Régime des conventions réglementées	• Respect des articles L.423-10 et L.423-11 du CCH • Rapport spécial du Commissaire aux Comptes
Possibilité de faire APE	• NON
Régime fiscal	• Exonération d'impôt (IS) sur les sociétés sur les activités relevant du service d'intérêt général
Modalités de contrôle	• Contrôle administratif • Contrôle de la MIILOS • Contrôle d'un Commissaire aux Comptes obligatoire (SA)

1.1.1.4 La Société Anonyme Coopérative d'Intérêt Collectif HLM (S.C.I.C HLM)

Forme / Constitution	• Obligatoirement SA de forme coopérative (les Statuts doivent se conformer aux clauses types fixées par le CCH) • Agrément HLM (par le ministre chargé de la construction et de l'habitation après avis du conseil départemental de l'habitat et du conseil supérieur des habitations à loyer modéré (CCH, art. R. 422-16) (contrairement au SCIC qui sont soumis à un agrément préfectoral
Capital social minimum	• 18 500 €, capital variable sans toutefois pouvoir être inférieur à ce montant
Objet / Compétences	• Compétence d'attribution : établie conformément à l'article L. 422-3 du CCH (sur renvoi de l'art.L.422-3-2 du CCH) et détaillée dans la clause-type n° 3 annexée à l'article R. 422-6 du CCH • Les SCIC HLM ont pour objet pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif qui présentent un caractère d'utilité sociale. • Compétences territoriales : En principe compétence régionale qui s'étend aux départements limitrophes si les communes concernées l'acceptent. Après accord du Ministre chargé du Logement (qui examine notamment la situation économique de la société), cette compétence peut être étendue aux régions limitrophes • Lucrativité limitée
Actionnariat	• Les associés peuvent être : o les salariés (obligatoire) o les personnes bénéficiant des activités de la société coopérative (obligatoire) o les collectivités territoriales sans plafonnement (obligatoire) o toute personne physique ou morale qui contribue par tout autre moyen à l'activité de la société coopérative • Le nombre minimum de catégories est de trois • Possibilité de regrouper les associés en collèges
Organe de gestion et d'administration	• Les règles de droit commun des sociétés commerciales s'appliquent à l'organisation administrative qui comprend : o Une Assemblée Générale o Un Conseil d'Administration (ou Directoire et conseil de surveillance). Les SCIC HLM exerçant une activité locative comprennent dans leur CA ou CS des représentants des locataires o Un président o Un directeur général
Prise de décisions	• Chaque associé dispose d'une voix à l'assemblée générale (règle de la coopération) ou, s'il y a lieu, dans le collège auquel il appartient, chaque collège disposant d'un nombre de voix librement défini dans les statuts (minimum 10 %; maximum 50 %) • Le collège des salariés est plafonné à 15 % des droits de vote • Choix à opérer entre une structure dualiste (Directoire et Conseil de Surveillance) et un Conseil d'Administration unique
Particularités	• Les SCP HLM peuvent se transformer en SCIC HLM sans que l'on considère qu'il y ait création d'une personne morale nouvelle • Pas soumises à la procédure d'agrément prévue pour la SCIC • Soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence (ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005)
Régime comptable et Financier	• Pas de particularités notables

Marchés	• Soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence (Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005)
Régime des conventions réglementées	• Respect des dispositions du Code de commerce (SA à CA : L.225-38 à L.225-42 ; SA à Directoire et CS : L.225-86 à L.225-90, • Rapport spécial du Commissaire aux Comptes (le cas échéant)
Possibilité de faire APE	• NON
Régime fiscal	• Exonération d'impôt (IS) sur les sociétés sur les activités relevant du service d'intérêt général
Modalités de contrôle	• Contrôle administratif • Contrôle de la MIILOS • Contrôle d'un Commissaire aux Comptes obligatoire (SA)

1.1.2 Les organismes privés non HLM

1.1.2.1 La société d'économie mixte

Forme	• Obligatoirement SA
Capital social minimum	• Leur capital social minimal est de : o 150.000 € pour les sociétés ayant comme objet social l'aménagement o 225.000 € pour celles ayant comme objet social la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels destinés à la location ou à la vente o 225.000 € lorsqu'elles exercent les deux activités ou font appel public à l'épargne o 37.000 € si l'objet ne comprend aucune de ces activités (Services)
Objet / Compétences	• Compétence d'attribution : art. L.1521-1 du CGCT : o réalisation des opérations d'aménagement et de construction ; o exploitation des services publics à caractère industriel et commercial ; o exercice de toute activité d'intérêt général. o réalisation des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire • Les activités peuvent être plurielles mais elles doivent être complémentaires
Actionnariat	• Les collectivités territoriales doivent détenir au moins 50 % + 1 des actions et maximum 85 % • Le solde peut être détenu par n'importe quelle personne physique ou personne morale, leur participation ne peut être inférieure à 15 % • 7 actionnaires minimum
Organes de gestion et d'administration	• Les règles de droit commun des sociétés commerciales s'appliquent à l'organisation administrative des SEML qui comprend : o Une assemblée o Un conseil d'administration ou directoire/conseil de surveillance : la Majorité des sièges au conseil sont attribués à la collectivité majoritaire, si plusieurs collectivités : chacune d'elles possède au moins un siège quel que soit son poids dans le capital
Prise de décisions	• Les collectivités territoriales doivent détenir plus de 50 % des droits de vote • Pouvoir réparti au prorata des parts détenues
Particularités	• SA de droit privé dont l'actionnaire majoritaire est une collectivité territoriale. Leur création relève de l'initiative de cette collectivité • Toute collectivité territoriale (ou groupement de collectivités territoriales) actionnaire a droit au moins à un siège au CA ou CS, désigné au sein de la collectivité territoriale ou du groupement par l'assemblée délibérante concernée • Toutes les délibérations des organes (CA, CS, AG), les comptes annuels et les rapports des commissaires aux comptes des SEML sont communiqués au préfet du département du lieu de leur siège social • Des dispositions particulières aux SEM de construction et de gestion de logements sociaux sont inscrites dans le CCH (articles L. 481 et suivants, articles R. 481-1 et suivants en particulier)
Régime Comptable et Financier	• Guides comptables spécifiques pour les SEM d'aménagement et les SEM ayant une activité immobilière
Marchés	• Soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence (ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005)
Possibilité de faire APE	• OUI

Régime des conventions réglementées	• Respect des dispositions du Code de commerce
Régime fiscal	• Exonération d'impôt (IS) sur les sociétés pour les activités relevant du service d'intérêt général • IS sur les autres activités • Contribution Economique Territoriale
Modalités de contrôle	• Contrôle par la présence des collectivités territoriales dans les instances décisionnelles • Double contrôle de la légalité des (transmissions des actes de la collectivité et des actes de la SEML) • Contrôle de la chambre régionale des comptes • Contrôle de la MIILOS uniquement sur les SEM de construction et de gestion de logements sociaux • Contrôle d'un Commissaire aux Comptes obligatoire (SA)

1.1.2.2 L'association

Forme / Constitution	• Contrat d'association • Les associations réglementées doivent effectuer des démarches administratives : o Association déclarées : déclaration à la préfecture et publication dans un journal officiel o Association agréée : déclaration à la préfecture, publication dans un journal officiel, agrément d'une autorité administrative o Association reconnue d'utilité publique : déclaration à la préfecture, publication dans un journal officiel, sous forme d'un décret du Ministère de l'Intérieur, après avis du Conseil d'État
Capital social minimum	• Pas de capital social • L'association ne pouvant rémunérer ces apports par des droits sociaux, il y a absence de rémunération (ou contrepartie) pour l'apporteur • Les associations peuvent recevoir de leurs membres des apports, en numéraire ou en nature (biens mobiliers ou immobiliers), avec une possibilité de récupérer les apports en nature à la dissolution de l'association
Objet	• L'objet de l'association peut être librement déterminé sous réserve qu'il soit licite ; à ce titre, il ne doit pas porter atteinte à l'ordre public ni aux bonnes mœurs
Actionnariat	• Absence d'actionnariat • L'association étant une convention, le contrat d'association (statuts) est un contrat de droit privé et bénéficie de la liberté contractuelle et ses membres en fixent librement le contenu ; elle doit être constituée d'au minimum deux membres fondateurs, personnes physiques ou personnes morales
Organes de gestion et d'administration **Prise de décisions**	• **Principe** : Les statuts définissent les conditions d'admission des membres, les modalités de convocation, délibération et pouvoirs des membres réunis en assemblées générales. Les statuts prévoient également les règles applicables à l'administration et la direction de l'association, les modalités de nomination des dirigeants, leurs fonctions et leurs pouvoirs ; il peut s'agir d'un organe de type collégial (conseil d'administration par exemple, qui désigne en son sein un bureau comportant un président, un trésorier et un secrétaire) • **Exception** : Certaines associations réglementées doivent adopter les statuts types prévus par les textes (association reconnue d'utilité publique, associations agréées) • Assemblée générale et organes de direction obligatoires pour la dissolution des associations, les associations reconnue d'utilité publique et les associations dont l'obligation résulte des statuts types (associations qui émettent des obligations)

Particularités	• Il existe quatre catégories d'associations : o Les associations non déclarées, o Les associations déclarées, o Les associations agréées o Les associations reconnues d'utilité publique • Les associations peuvent se créer librement sans avoir besoin d'aucun agrément ou autorisation : elles sont alors considérées comme des associations de fait apparentées à une indivision. Elles n'ont pas de personnalité morale distincte • Lorsqu'elles sont déclarées, les associations ont la pleine capacité juridique et jouissent de la personnalité morale • Une association peut exercer des activités lucratives (éventuellement imposables) ; mais le but recherché par ses membres ne doit pas être le partage de bénéfices (c'est ce qui la distingue d'une société) • Seules les associations déclarées et, dans certains cas, agréées, peuvent recevoir des subventions de l'Etat et des collectivités territoriales • Tenue d'un registre spécial • Sauf exceptions, l'association n'étant pas inscrite au registre du commerce, ne peut conclure de bail commercial
Régime Comptable et Financier	• Plan comptable spécifique
Marchés	• NA, sauf pour les associations agréées « maîtrise d'ouvrage » qui sont soumises à l'ordonnance de 2005
Régime des conventions réglementées	• Certaines associations doivent appliquer ce régime (association se livrant à une activité économique – association recevant annuellement de l'Etat, de ses établissements publics ou des collectivités, une ou plusieurs subventions dont le montant excède 153 000 €)
Possibilité de faire APE	• Oui pour le placement d'obligations
Régime fiscal	• Exonération des impôts commerciaux (TVA, IS et taxe professionnelle) sous condition. • Exonération d'IS pour : o les revenus des locations sociales et des locaux annexes, o les revenus indissociables à ces activités, • et pour les cessions d'immobilisations
Modalités de contrôle	• Contrôle administratif • Commissaire aux Comptes obligatoire pour les associations suivantes : o associations émettant des obligations o associations habilitées à consentir des prêts pour la création et le développement d'entreprises par des chômeurs ou titulaires des minima sociaux o association d'insertion par l'activité économique (conditions néanmoins de production de biens et de services et développement d'activités d'utilité sociale) o associations PERP • Commissaire aux Comptes obligatoire selon des seuils : o associations recevant des subventions publiques si les subventions publiques annuelles> 153 000 € o associations et fondations recevant des dons ouvrant droit au bénéfice du donateur à déduction fiscale lorsque le montant annuel des dons reçus excède 153 000 €

1.1.2.3 L'association reconnue d'utilité publique

Forme / Constitution	• Contrat d'association • Déclaration à la préfecture, publication dans un journal officiel, sous forme d'un décret du Ministère de l'Intérieur, après avis du Conseil d'État
Capital social minimum	• Néant cf. « Annexe Association »
Objet	• Intérêt général au niveau national
Actionnariat	• Absence d'actionnariat • 200 membres minimum
Organes de gestion et d'administration Prise de décisions	• Même règles que les associations simplement déclarées sauf certaines spécificités • Assemblée générale et organes de direction obligatoires : AG au moins 1 fois/an et AGE convoquée pour toute modification des statuts (il en est de même en cas de dissolution de l'association). Modifications statutaires importantes notifiées à l'administration pour autorisation • Le CA peut être composé de salariés à condition qu'ils n'aient pas de rôles prépondérants. Les pouvoirs du conseil sont limités et le président ne peut cumuler les fonctions de directeur général
Particularités	• Conditions d'obtention très strictes : o 200 membres minimum o Existence > 3 ans o Budget Annuel > 48 000 € o Equilibre budgétaire sur les 3 derniers exercices o Statuts conformes au modèle approuvé par le Conseil d'État o Intervention sur le plan national o Habilitation à recevoir des dons et des legs – même en nue-propriété o Tenue d'un registre spécial
Régime comptable et financier	• Plan comptable spécifique
Marchés	• NA, sauf pour les associations reconnues d'utilité publique agréées « maîtrise d'ouvrage » qui sont soumises à l'ordonnance de 2005
Régime des conventions réglementées	• Association se livrant à une activité économique et association recevant annuellement de l'Etat, de ses établissements publics ou des collectivités, une ou plusieurs subventions dont le montant excède 153 000 €)
Possibilité de faire APE	• Oui pour le placement d'obligations
Régime fiscal	• Régime fiscal applicable aux Associations (cf. fiche précédente)
Modalités de contrôle	• Contrôle administratif : Statut impliquant certain nombre d'obligations à l'égard de la puissance publique qui dispose d'un pouvoir de tutelle et de contrôle : tutelle sur les statuts et le règlement intérieur de l'association, ainsi que sur l'ensemble des actes de disposition (aliénation de biens, emprunts, hypothèques) ; obligation d'envoi des comptes rendus d'activité et documents comptables annuels ; «droit de visite » des ministères de tutelle • Obligation de nommer au moins un Commissaire aux Comptes sans condition de seuil

1.1.2.4 La fondation d'utilité publique

Forme	• Fondation (personne morale préexistante ou à créer)
Capital social minimum	• Néant
Objet	• Réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif
Actionnariat	• Absence d'actionnariat
Organes de gestion et d'administration **Prise de décisions**	• Soit Conseil d'Administration : o Trois collèges obligatoires o Pas de limite d'âge (statuts peuvent en fixer une) o Durée des fonctions non limitée (statuts peuvent en fixer une) o Si absence de collège des membres de droit = désignation d'un commissaire du gouvernement o Réunion une fois tous les 6 mois au moins o Statuts fixent librement les pouvoirs du CA o Gratuité des fonctions o Existence d'un Bureau • Soit Directoire et Conseil de Surveillance o Directoire : - Une à cinq personnes, nommées par le conseil de surveillance - Réunion une fois par mois de préférence - Assure sous sa responsabilité, l'administration de la fondation o Conseil de surveillance : - Dispositions applicables aux membres du CA - Assure la surveillance de l'administration de la fondation par le directoire
Régime Comptable et Financier	• Application des principes comptables du Code de commerce • Application des dispositions relatives à la comptabilité des associations (Règlement CRC n°99-01) modifié par le règlement du CRC 2009-01 du 3 décembre 2009 relatif aux spécificités des fondations et fonds de dotation
Régime des conventions réglementées	• Application du régime des conventions réglementées • Respect des dispositions du Code de commerce (article L.612-5)
Marchés	• NA, sauf pour les fondations d'utilité publique agréées « maîtrise d'ouvrage » qui sont soumises à l'ordonnance de 2005
Régime fiscal	• Régime fiscal des associations avec extension de l'exonération aux revenus tirés de la gestion patrimoniale
Modalités de contrôle	• Tutelle administrative • Obligation de nommer au moins un Commissaire aux Comptes sans condition de seuil

1.1.2.5 La société anonyme

Forme	• Société par actions pouvant être à capital variable • Elle est toujours commerciale par sa forme quel que soit son objet
Capital social minimum	• Capital minimum de 37 000€ • 50 % des apports en espèces sont versés obligatoirement au moment de la constitution, le solde devant être libéré dans les 5 ans
Objet	• A définir dans les statuts • Il peut être civil ou commercial
Actionnariat	• Toute personne physique ou morale peut être associée sans obligation d'avoir le statut de commerçant • 7 actionnaires minimum • Pas de maximum fixé
Organes de gestion et d'administration **Prise de décisions**	• Une assemblée générale d'actionnaires • Un organe de direction : o un conseil d'administration (organe collégial de direction) ou conseil de surveillance (organe de contrôle de la gestion du Directoire) o un Président du Conseil d'administration et un Directeur Général (les deux fonctions pouvant être cumulées), ou un directoire (Organe collégial de direction) • Une personne morale peut être dirigeante
Particularités	• Une certaine liberté encadrée par les dispositions du Code de Commerce dans les SA
Régime Comptable et Financier	• Application du Plan Comptable Général
Marchés	• NA, sauf pour les SA agréées « maîtrise d'ouvrage » qui sont soumises à l'ordonnance de 2005
Régime des conventions réglementées	• Application du régime des conventions réglementées • Respect des dispositions du Code de commerce • SA à Conseil d'Administration : articles L.225-38 et suivants : autorisation préalable du CA • SA à Directoire et Conseil de Surveillance : articles L.225-86 et suivants) : autorisation préalable du CS
Possibilité de faire APE	• La SA peut faire appel public à l'épargne si le capital est supérieur à 225 000€
Régime fiscal	• Régime de droit commun
Modalités de contrôle	• Commissaire aux Comptes obligatoire

1.1.2.6 La société par actions simplifiée

Forme	• Société par actions pouvant être à capital variable • Elle est toujours commerciale par sa forme quel que soit son objet
Capital social minimum	• Capital minimum de 1€ • 50 % des apports en espèces sont versés obligatoirement au moment de la constitution, le solde devant être libéré dans les 5 ans
Objet	• A définir dans les statuts • Il peut être civil ou commercial
Actionnariat	• Toute personne physique ou morale peut être associée sans obligation d'avoir le statut de commerçant • La SAS peut n'avoir qu'un associé (SAS unipersonnelle) • Pas de maximum fixé
Organes de gestion et d'administration **Prise de décisions**	• Une assemblée générale d'associés • Un organe de direction : o Les associés peuvent librement déterminer la composition de l'organe de gestion qui doit comprendre obligatoirement un président • Possibilité de nommer un ou plusieurs directeurs généraux disposant des mêmes pouvoirs que le Président. • Possibilité de prévoir un organe de direction collégial • Une personne morale peut être dirigeante
Particularités	• Grande liberté laissée aux associés dans l'organisation et le fonctionnement de la SAS
Régime Comptable et Financier	• Application du Plan Comptable Général
Marchés	• NA, sauf pour les SAS agréées « maîtrise d'ouvrage » qui sont soumises à l'ordonnance de 2005
Régime des conventions réglementées	• Application du régime des conventions réglementées • Respect des dispositions du Code de commerce (articles L.227-10 et suivants) • Contrôle à postériori
Possibilité de faire APE	• Non mais elle peut émettre des obligations ou des valeurs mobilières composées
Régime fiscal	• Régime de droit commun
Modalités de contrôle	• Commissaire aux Comptes obligatoire lorsque : o la SAS contrôle ou est contrôlée par une ou plusieurs sociétés en contrôle exclusif ou conjoint o ou si 2 des 3 seuils sont dépassés à la clôture de l'exercice social - Bilan : 1 000 K€/ CA HT : 2 000 K€ / Effectif: 20 salariés

1.1.2.7 La société à responsabilité limitée

Forme	• Elle est toujours commerciale par sa forme quel que soit son objet • Responsabilité des associés limitée aux apports
Capital social minimum	• Fixé librement par les Statuts en fonction de la taille, de l'activité, et des besoins en capitaux de la société, mais 20 % des apports en espèces sont versés obligatoirement au moment de la constitution, le solde devant être libéré dans les 5 ans • Augmentation ultérieure possible • Les apports peuvent être réalisés en numéraire ou en nature • Evaluation des apports en nature par un commissaire aux apports obligatoire qu'elle que soit la valeur des apports, sauf lorsque la valeur d'aucun apport en nature n'excède 7 500 euros et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital
Objet	• A définir dans les statuts • Il peut être civil ou commercial
Actionnariat	• Toute personne physique ou morale peut être associée sans obligation d'avoir le statut de commerçant • Nombre d'associés : 2 à 100 • Remarque: La SARL peut n'avoir qu'un seul associé (EURL) Une EURL ne peut être associée d'une autre EURL
Organes de gestion et d'administration **Prise de décisions**	• Une assemblée générale d'associés : o Les décisions ordinaires se prennent en assemblée générale à la majorité simple (50 % + 1 voix). La minorité de blocage est donc de 50 %. o Les décisions en Assemblée extraordinaire se prennent à la majorité des 2/3 des voix. La minorité de blocage est donc de 33% + 1 voix • Un ou plusieurs gérants, personnes physiques obligatoirement, nommés parmi les associés ou en dehors d'eux. Leur nomination et leurs pouvoirs sont fixés, soit dans les statuts, soit par décisions des associés représentant plus de la moitié des parts. Il est investi des pouvoirs les plus larges vis-à-vis des tiers
Particularités	• Dépôt au Greffe du tribunal de commerce des cessions de parts, • Agrément des associés représentant au moins 50% des parts sociales, sauf majorité plus forte prévue par les statuts, requis pour toute cession à un tiers • L'agrément n'est pas, en principe, obligatoire pour les cessions entre associés • Possibilité d'augmentation du capital social
Régime Comptable et Financier	• Application du Plan Comptable Général (PCG)
Marchés	• NA, sauf pour les SARL agréées « maîtrise d'ouvrage » qui sont soumises à l'ordonnance de 2005
Régime des conventions réglementées	• Application du régime des conventions réglementées • Respect des dispositions du Code de commerce (article L.223-19 et suivants) • Contrôle à posteriori • Rapport spécial du gérant ou du Commissaire aux Comptes (le cas échéant)
Possibilité de faire APE	• Depuis 2006, seules les SARL concernées par l'obligation de nommer un Commissaire aux Comptes peuvent recourir à l'appel public à l'épargne
Régime fiscal	• La SARL est soumise de plein droit à l'impôt sur les sociétés
Modalités de contrôle	• CAC obligatoire si franchissement d'au moins 2 des 3 seuils suivants : o Bilan : 1 550 K€ / CA : 3 100 K€ / Effectif : 50 salariés

1.1.2.8 L'Union d'Economie Sociale (UES)

Forme	• Aucune forme juridique imposée mais généralement • SA ou SARL à capital variable de forme coopérative
Capital social minimum	• Pour les UES SA : 18 500 € • Pour les UES SARL : montant nominal de la part multiplié par le nombre d'associés
Objet	• Gestion des intérêts communs de leurs associés et le développement de leurs activités
Actionnariat	• Régime de la coopérative : • Les associés peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales; o Collège A : les coopératives, les mutuelles, les associations doivent détenir isolément ou en groupe 65 % au moins des droits de vote o Collège B : les autres associés détiennent les 35 % restants
Organe de Gestion et d'administration	• En fonction de la forme juridique adoptée SA (Assemblée générale, conseil d'administration ou Conseil de surveillance, un président et un Directeur Général ou un directoire), SARL (une assemblée et un gérant)
Prise de décisions	• Chaque associé dispose d'une voix à l'assemblée générale (règle de la coopération) mais on peut aménager cette règle (cf. ci-dessous)
Particularités	• Par exception au statut coopératif, les droits de votes peuvent être pluraux, fondés sur le volume d'affaires réalisé avec l'UES ou sur le nombre d'adhérents des entités constitutives, sans tenir compte de la part de capital détenue • Réserves constituées sont impartageables
Régime Comptable et Financier	• Loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale • Loi n° 85-703 du 12 juillet 1985 relative au développement de certaines activités d'économie sociale
Marchés	• NA, sauf pour les UES agréées « maîtrise d'ouvrage » qui sont soumises à l'ordonnance de 2005
Régime des conventions réglementées	• Applicable selon la forme de la société (SA ou SARL) • Respect des dispositions du Code de commerce • Rapport spécial du Commissaire aux Comptes (le cas échéant)
Possibilité de faire appel public à l'épargne	• A voir en fonction de la forme juridique retenue
Régime fiscal	• Exonération applicable aux organismes HLM pour les activités liées au service d'intérêt général • Imposition à l'IS dans les conditions de droit commun pour les autres activités
Modalités de contrôle	• SA : Commissaire aux Comptes obligatoire • SARL : Commissaire aux Comptes obligatoire si franchissement d'au moins 2 des 3 seuils suivants : o Bilan : 1 550 K€ / CA : 3 100 K€ / Effectif : 50 salariés

1.2 LA PRÉSENTATION DÉTAILLÉE DES DIFFÉRENTS ACTEURS

1.2.1 Les organismes d'habitations à loyer modéré (HLM)

Les opérateurs dans le domaine du logement social se caractérisent par une grande diversité de statuts, regroupés au sein de deux grandes familles : les offices publics (OPH) et les sociétés (sociétés anonymes, sociétés coopératives).

Le statut et la réglementation des organismes HLM sont définis dans le livre IV du Code de la Construction et de l'Habitation.

1.2.1.1 L'office public de l'habitat

1.2.1.1.1 Le régime juridique

Les textes applicables :

Articles L. 421-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation

Article R.421-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation

A. Statuts des OPH

Les offices publics de l'habitat sont des établissements publics locaux à caractère industriel et commercial (CCH, art. L. 421-1). L'activité de logement social relève cependant d'une mission de service public administratif et le statut d'EPIC a été retenu pour des motifs d'efficacité liés à la souplesse de gestion attachée aux EPIC (droit du travail, règles financières). Le choix du statut d'EPIC pour la gestion d'un service public administratif n'est d'ailleurs pas une nouveauté dans le domaine du logement social dès lors que ce statut avait déjà été retenu pour les OPAC, et pour les mêmes raisons.

Les offices publics de l'habitat sont institués selon deux modalités :

- soit, ils résultent de la transformation de plein droit des OPHLM et OPAC existant à la date de l'ordonnance du 1er février 2007 ;
- soit, ils sont créés à la demande d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public de rattachement.

Les OPH peuvent être rattachés :

- à un EPCI compétent en matière d'habitat ;
- à un département ;
- à une commune, dès lors qu'elle n'est pas membre d'un EPCI compétent en matière d'habitat.

B Compétences

L'activité des OPH s'exerce sur le territoire de la région où se trouve leur collectivité ou leur établissement public de rattachement. Ils sont autorisés à intervenir sur le territoire de départements limitrophes à cette région, après accord de la commune d'implantation de l'opération (CCH, art. L. 421-5).

La compétence des OPH est, quant à son objet, définie par les articles L. 421-1 à L. 421-4 du Code de la construction et de l'habitation. Elle porte sur l'aménagement foncier, la construction, la rénovation, l'acquisition et la gestion d'immeubles ou de logements ainsi que sur des services complémentaires à ces activités.

Ils contribuent directement à la production de logements sociaux en tant que constructeurs ou gestionnaires de logements locatifs aidés ou conventionnés, d'immeubles destinés à l'accession sociale à la propriété ou encore de résidences hôtelières à vocation sociale.

La mission d'intérêt général qui leur est confiée consiste en :

- la réalisation, en tant qu'aménageurs, pour leur compte ou pour celui de tiers, avec l'accord des collectivités ou communautés intéressées, d'interventions foncières, d'actions ou d'opérations d'aménagement ;
- la construction, acquisition, amélioration et gestion, pour le compte de personnes publiques ou privées, de logements faisant l'objet d'une location-accession ou d'un bail avec convention d'usufruit ou encore destinés à être vendus à des personnes de ressources modestes ;
- l'acquisition et gestion de lots dans des copropriétés dégradées ou de logements privés vacants ;
- la souscription ou acquisition de parts de sociétés civiles immobilières, de parts ou d'actions émises par des sociétés HLM ou des SEM ;
- la gérance d'immeubles appartenant à d'autres bailleurs sociaux, à des collectivités territoriales, des sociétés d'économie mixte ou à l'association foncière logement...

D'autres actions participant à la mise en œuvre du droit au logement des personnes défavorisées, se rattachent à ce titre au service d'intérêt général du logement social :

- acquisition et mise en location d'hôtels, meublés ou non, destinés à l'hébergement temporaire de personnes en difficulté ;
- gestion de logements vacants ou de locaux réquisitionnés par le préfet pour les sous-louer ou les louer à des personnes à revenus modestes ou défavorisées.

C. Fonctionnement

Depuis l'ordonnance du 1er février 2007 relative aux offices publics de l'habitat les pouvoirs sont partagés entre un Conseil d'administration et son Président, définissant les grandes orientations stratégiques de l'organisme, et un directeur général qui est un véritable chef d'entreprise et qui la dirige selon les indications, les axes stratégiques choisis par le Conseil d'administration.

C.1. Le Conseil d'administration

Composition du Conseil d'administration

Le Conseil d'administration de l'office est composé :

1° De membres représentant la collectivité territoriale ou l'établissement public de rattachement, qu'ils désignent au sein de leur organe délibérant et parmi des personnalités qualifiées au regard des interventions de l'office dans le domaine des politiques de l'habitat.

2° De personnalités qualifiées désignées par les institutions dont elles sont issues, parmi les caisses d'allocations familiales, l'union départementale des associations familiales du département du siège, les associés des collecteurs de la participation des employeurs à l'effort de construction dans le département du siège, les organisations syndicales les plus représentatives dans le département du siège.

3° D'au moins un représentant d'associations dont l'un des objets est l'insertion ou le logement des personnes défavorisées.

4° De locataires représentant les locataires de l'office, élus par ces derniers dans les conditions prévues à l'article L. 421-9 du CCH.

5° D'un représentant du comité d'entreprise de l'office, qui dispose d'une voix consultative.

Les membres désignés par la collectivité territoriale ou l'établissement public de rattachement disposent de la majorité des sièges. Les représentants des locataires disposent d'au moins un sixième des sièges.

Le nombre de membres du Conseil d'administration, ayant voix délibérative, est fixé à vingt-trois ou vingt-sept, sur décision de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou de l'établissement public de rattachement, compte tenu notamment de la répartition géographique du patrimoine de l'office ou de l'importance de son parc. Toutefois, pour un office propriétaire de moins de deux mille logements, le nombre peut être fixé à dix-sept (CCH, art. R. 421-4).

Le Conseil d'administration élit en son sein un bureau auquel il peut donner délégation dans certaines matières pour l'exercice des attributions du Conseil d'administration, à l'exception de celles concernant :

- la définition de la politique générale de l'office ;
- l'adoption du règlement intérieur ;
- les décisions budgétaires ;
- la politique patrimoniale ;
- la nomination et la révocation du directeur général.

Le bureau est présidé par le président du Conseil d'administration. Le bureau comprend, outre le président du Conseil d'administration, président de droit, quatre membres, dont un représentant des locataires, qui sont élus par le Conseil d'administration au scrutin majoritaire (CCH, art. R 421-12). Si le Conseil d'administration comprend 23 ou 27 membres, le bureau est porté, outre le président, à 6 membres, dont un représentant des locataires.

Fonctionnement du Conseil d'administration

Le Conseil d'administration règle par ses délibérations les affaires de l'office public de l'habitat (CCH, art. L. 421-10).

Le Conseil d'administration se réunit au moins trois fois par an sur convocation de son président, cette convocation étant de droit, si elle est demandée par le tiers au moins de ses membres (CCH, art. R. 421-12). Les décisions sont prises à la majorité des membres du conseil ayant voix délibérative, présents ou représentés (c'est-à-dire, en fonction des offices, 9, 12 ou 14). Par exception, les décisions relatives à la nomination du directeur général et à la cessation de ses fonctions sont prises à la majorité des deux tiers des membres ayant voix délibérative, présents ou représentés (c'est-à-dire, en fonction des offices, 12, 16 ou 18). Par ailleurs, la révocation du bureau ou de l'un de ses membres avant le renouvellement du Conseil d'administration, est votée à la majorité des trois quart des membres en fonction ayant voix délibérative (c'est-à-dire, en fonction des offices, 13, 18 ou 21) et doit être suivie de la désignation immédiate, à la majorité simple, d'un nouveau bureau ou d'un nouveau membre, le cas échéant (CCH, art. R. 421-12). En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante.

Le quorum est fixé aux deux tiers des membres ayant voix délibérative, présents ou représentés. Lorsque le quorum n'est pas atteint, les décisions portées à l'ordre du jour de la séance peuvent être prises, après convocation régulière, à la séance suivante, à la majorité des membres ayant voix délibérative, présents ou représentés (CCH, art. R. 421-13).

Attributions du Conseil d'administration

Le Conseil d'administration règle par ses délibérations les affaires de l'office. Il décide de la politique générale de l'établissement (CCH, art. R. 421-16).

C.2. Le Président du Conseil d'administration

Le président du Conseil d'administration est élu par le Conseil d'administration parmi les représentants désignés par la collectivité territoriale ou l'établissement public de rattachement au sein de leur organe délibérant (CCH, art. L. 421-11).

Le président exerce les attributions suivantes :

- il fixe l'ordre du jour du conseil d'administration ;
- il soumet au conseil, à l'occasion de l'examen du budget, un rapport sur la politique de l'office pendant l'exercice en voie d'achèvement et pour l'exercice à venir ;
- il propose au conseil la nomination du directeur général et signe son contrat. Le cas échéant, il propose au conseil d'administration la cessation des fonctions du directeur général ;
- il représente l'office auprès des pouvoirs publics, des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière d'habitat ;
- il représente l'office en justice pour les contentieux dans lesquels les administrateurs ou le directeur général sont mis en cause à titre personnel dans le cadre de leurs fonctions. Il doit rendre compte au conseil des actions en justice qu'il a introduites à la prochaine séance de ce conseil ;

Il s'agit là d'une liste exhaustive.

C.3. Le directeur général

Il est nommé par le conseil d'administration sur proposition du président. Il ne peut pas être choisi parmi les membres du conseil (CCH, art. R. 421-18).

En effet, les fonctions de directeur général sont incompatibles avec celles de membre du Conseil d'administration (CCH, art. R. 421-18). Le directeur général peut être, soit un agent contractuel engagé sous les conditions du droit privé, soit un fonctionnaire ou un agent de collectivité locale détaché. Cependant, selon la Jurisprudence l'agent chargé de la direction de l'ensemble des services d'un établissement public à caractère industriel et commercial est un agent public en toute hypothèse. Le directeur général de l'office public de l'habitat est donc un agent contractuel de droit public.

L'article R. 421-18 du Code de la construction et de l'habitation énumère les attributions du directeur général :

- il assiste, avec voix consultative, aux séances du Conseil d'administration et du bureau, dont il prépare et exécute les décisions, sous réserve des pouvoirs du président. Notamment, il prépare le budget, les budgets annexes et les délibérations de programme, ainsi que toutes délibérations modificatives des précédentes, avec le concours éventuel du comptable *(CCH, art. R. 423-3)* ;
- il exécute les budgets et effectue toutes les opérations attachées au paiement : il engage, liquide et ordonne les dépenses ;
- il passe tous actes et contrats au nom de l'office et le représente dans tous les actes de la vie civile ;
- il représente l'office en justice, à l'exception des contentieux dans lesquels les administrateurs ou lui-même sont mis en cause à titre personnel dans le cadre de leurs fonctions. Il doit rendre compte au Conseil d'administration des actions en justice qu'il a introduites lors de la plus prochaine séance de ce conseil ;
- il préside la commission d'appel d'offres ;

- il peut, par délégation du conseil et dans les limites fixées par lui, être chargé de souscrire les emprunts et de réaliser les opérations utiles à leur gestion, et de recourir aux crédits de trésorerie. Il peut également, dans les mêmes conditions, réaliser les opérations relatives au placement des fonds de l'office. Il rend compte de son action en la matière au Conseil d'administration, à la plus prochaine réunion du conseil ;
- il a autorité sur les services, recrute, nomme et, le cas échéant, licencie le personnel ;
- il préside le comité d'entreprise.

C.4 Commissions diverses

Commission d'attribution

Une commission d'attribution est désignée au sein de l'office public de l'habitat, comme au sein de tout organisme HLM privé ou public (CCH, art. L. 441-2). Cette commission comprend six membres, élisant en leur sein un président.

Cette commission est chargée d'attribuer nominativement chaque logement locatif.

Elle est constituée et fonctionne conformément à l'article R. 441-9 du Code de la construction et de l'habitation (CCH, art. R. 421-15).

Commission des marchés

L'office public de l'habitat est soumis, pour la passation de ses marchés de travaux, de fournitures et de services, aux procédures instituées par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005.

La commission d'appel d'offres est présidée par le directeur général (CCH, art. R. 421-18).

Commissions ad hoc

Le Conseil d'administration peut former en son sein des commissions chargées d'étudier des questions qu'il détermine expressément. Les présidents de ces commissions sont désignés par le Conseil d'administration en son sein.

Chaque commission est convoquée par son président. Elle peut désigner un vice-président qui assiste le président dans ses fonctions et le supplée en cas d'absence ou d'empêchement (CCH, art. R. 421-14).

C.5. Modes d'interventions des OPH

Depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 portant sur la simplification et l'amélioration de la qualité du droit et modifiant alors une quarantaine de codes juridiques, l'article L. 421-26 du Code de la Construction et de l'Habituation soumet désormais les marchés des OPH aux «dispositions applicables aux marchés des personnes publiques ou privées soumises aux règles fixées par l'Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés public ».

Désormais c'est un régime plus souple (ordonnance du 6 juin 2005) qui régira les règles de passation des marchés des OPH même si la liberté d'adhérer au Code des Marchés Publics est toujours donnée aux Offices Publics de l'Habitat.

1.2.1.1.2 Le régime fiscal

Impôt sur les sociétés :

L'article 207-1, 4° du Code général des impôts exonère d'impôt sur les sociétés, les OPH pour :

- les opérations réalisées au titre du service d'intérêt général défini à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation ;
- les produits engendrés par les locaux annexes et accessoires des ensembles d'habitations mentionnés à l'article L. 411-1 du même code, à la condition que ces locaux soient nécessaires à la vie économique et sociale de ces ensembles ;
- les produits financiers issus du placement de la trésorerie des organismes HLM.

En termes de comptabilité, les offices publics de l'habitat sont, en matière de gestion financière et comptable, soumis soit aux règles applicables aux entreprises de commerce, soit aux règles de la comptabilité publique, à l'issue d'un choix effectué par délibération du Conseil d'administration de l'office public de l'habitat *(CCH, art. L. 421-17)*. Le choix est effectué selon des modalités fixées par un décret en Conseil d'État *(CCH, art. R. 423-2 et s. - D. n° 2008-648, 1er juill. 2008 : Journal Officiel 3 Juillet 2008)*.

1.2.1.1.3 Les modalités de contrôle

Les offices publics sont soumis à un triple contrôle : un contrôle de légalité, une tutelle sur certains actes, et des contrôles spécifiques exercés à raison de sa qualité d'organisme HLM.

L'étendue et la nature de ces contrôles diffèrent selon que l'office public de l'habitat est soumis aux règles de la comptabilité publique ou privée.

Les règles présidant au contrôle de légalité des collectivités territoriales résultent des articles L. 2131-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Leurs actes sont exécutoires de plein droit dès leur transmission au préfet et à la condition d'avoir été publiés ou notifiés (CGCT, art. L. 2131-1 et suivants : les articles L.2131-12 pour les établissements publics communaux, L.5211-3 pour les établissements publics des EPCI et L.3241-1 pour les établissements publics départementaux). Sont assujettis à cette double formalité, les actes importants de l'office, notamment les marchés, emprunts, **acquisitions immobilières**, décisions individuelles concernant les agents publics et fonctionnaires (CGCT, art. L. 2131-2).

Les autres actes échappent à la double formalité de l'article L. 2131-12 du Code général des collectivités territoriales et sont exécutoires de plein droit, dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés (CGCT, art. L. 2131-3.

L'office public de l'habitat fait l'objet également d'une tutelle, sous la forme de l'exigence d'une autorisation pour certains actes. Il en est ainsi de la mise en gérance de ses immeubles (CCH, art. L. 442-9), de la vente ou de la location de ses logements à un autre usage que l'habitation (CCH, art. L. 443-11) ou de la vente de logements locatifs ne répondant pas aux conditions d'ancienneté requises par les textes (CCH, art. L. 443-8).

Les offices publics de l'habitat sont soumis en outre à un contrôle de la chambre régionale des comptes, même s'ils sont soumis aux règles applicables aux entreprises de commerce.

En outre, comme tout organisme HLM, l'office public de l'habitat fait l'objet d'un contrôle spécifique, organisé par les articles L. 451-1 et suivants et R. 451-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation (MIILOS).

Enfin, les OPH ayant décidé de se soumettre aux règles comptables et financière applicables aux entreprises de commerce doivent désigner un Commissaire aux Comptes, désigné pour 6 ans.

1.2.1.2 La société anonyme d'habitations à loyer modéré

1.2.1.2.1 Le régime juridique

Les textes applicables :

Articles L422-2 et suivants du Code de la construction et de l'habitation
Article R.422-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation

A. Statuts des SA HLM

Les SA HLM sont des sociétés de capitaux dont les actionnaires sont, entre autres, des collectivités territoriales, des établissements publics, des organismes industriels ou financiers et dont la création nécessite l'agrément du ministre chargé de la construction (CCH, art. L. 423-5 et R. 422-16). Ces sociétés commerciales à vocation sociale sont régies par des dispositions largement dérogatoires au droit commun des sociétés commerciales. Elles poursuivent un but lucratif limité.

Les SA HLM se présentent comme des entreprises opérant dans le champ de l'habitat social et bénéficient à ce titre d'avantages.

La loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine du 1er août 2003 (L. n° 2003-710 : Journal Officiel 2 Août 2003) a réorganisé le fonctionnement interne de ces sociétés en renforçant le poids des collectivités territoriales et des locataires dans les instances décisionnelles.

Selon les dispositions des premier et deuxième alinéas de l'article L. 422-5 du Code de la construction et de l'habitation :

- d'une part, les sociétés d'habitations à loyer modéré doivent être agréées par décision administrative (agrément du ministre chargé de la construction et de l'habitation après avis du conseil départemental de l'habitat et du conseil supérieur des habitations à loyer modéré (CCH, art. R. 422-16).
- d'autre part, leurs statuts contiennent des clauses conformes aux clauses types approuvées par décret en Conseil d'État.

B. Compétences

L'objet des sociétés anonymes HLM, défini par l'article L. 422-2 du Code de la construction et de l'habitation, figure en annexe à l'article R. 422-1 du même code.
Il résulte de la lecture de cette clause type, devant obligatoirement être insérée dans les statuts de la société, que les activités ouvertes à ces organismes sont limitatives mais nombreuses.

En effet, les sociétés anonymes HLM sont principalement orientées vers la réalisation et la gestion de logements locatifs sociaux avec une compétence en matière d'accompagnement social.

Elles ont également la capacité d'aménageur et de lotisseur.

Elles peuvent également réaliser par voie de convention, une opération de restructuration urbaine.

L'accession à la propriété sociale ne leur est ouverte qu'à titre complémentaire.

C. Fonctionnement

Actionnariat

La loi du 1er août 2003 (CCH, art. L. 422-2-1) et son décret d'application du 1er juillet 2004 (CCH, art. R. 422-2-1) ont réorganisé l'actionnariat des sociétés anonymes HLM, jusque-là très dispersé, en quatre catégories d'actionnaires :

- un actionnaire de référence, qui détient la majorité du capital : collectivités territoriales et leurs établissements publics, associés de l'union d'économie sociale du logement (UESL) collecteurs du 1 % patronal, organismes financiers entre autres ; si nécessaire, l'actionnaire de référence peut être constitué d'un groupe de deux ou trois actionnaires, liés entre eux par un pacte emportant les effets prévus à l'article 1134 du Code Civil, et s'exprimant d'une seule voix dans les assemblées générales de la SA HLM.
- les collectivités territoriales et leurs établissements publics qui n'ont pas la qualité d'actionnaires de référence : communautés de communes de plus de 50 000 habitants comprenant au moins une commune de plus de 15 000 habitants, communautés urbaines et d'agglomération, syndicats d'agglomération nouvelle, départements et régions sur le territoire desquels la SA HLM possède des logements ;
- les représentants des locataires, élus sur des listes de candidats présentés par des associations œuvrant dans le domaine du logement ;
- les personnes morales autres que l'actionnaire de référence et les personnes physiques, ces dernières ne pouvant détenir au total plus de 5% du capital.

Chaque catégorie d'actionnaires est représentée aux assemblées générales des actionnaires, sans qu'il y ait nécessairement proportionnalité entre la quotité de capital détenu et le nombre de droits de vote.

Administration

- **Organes de direction et de gestion**

Les sociétés anonymes HLM peuvent être administrées, dans les conditions prévues par le Code du commerce, soit par un conseil d'administration, soit par un directoire et un conseil de surveillance (CCH, art. L. 422-5-1).
La distinction entre la société anonyme de type classique (SA à conseil d'administration) et la société anonyme à conseil de surveillance est étudiée ci-après dans la partie société anonyme).

La composition de ces organes fait cependant l'objet d'aménagements réglementaires.

Le conseil d'administration ou le conseil de surveillance doit comprendre trois membres nommés sur proposition des établissements publics et des collectivités territoriales constituant la deuxième catégorie d'actionnaires prévue à l'article L. 422-2-1 du Code de la construction et de l'habitation.

L'un ou l'autre de ces conseils doit également comprendre en son sein trois représentants des locataires élus par ces derniers.

- **Organes de délibération**

Pour l'application de l'article L. 422-2-1 du CCH qui prévoit la répartition du capital des SA HLM entre 4 catégories d'actionnaires, les articles R. 422-1-1 et R. 422-1-2 du CCH résultant de l'article 1er du décret organisent la répartition des voix en assemblées générales selon les principes suivant :

- les actionnaires disposent d'un total de voix représentant dix fois le nombre des actions de la société, de sorte que chaque actionnaire puisse disposer d'au moins une voix ;
- une répartition des voix entre les actionnaires :

Tableau récapitulatif

<table>
<tr><th></th><th>Détention du capital</th><th colspan="2">Règles de répartition des pouvoirs
Droits de vote à l'Assemblée Générale
(non proportionnels au capital détenu)</th><th>Répartition des sièges au CA ou CS</th></tr>
<tr><td>Catégorie 1
Actionnaire(s) de Référence</td><td>50 % des actions plus une
Les collectivités locales ne peuvent détenir + des 2/3.
Les OPH doivent détenir au moins 50 % (principe d'interdiction de participer au capital d'une société à majorité privée)..</td><td colspan="2">Au moins 50 % plus 1 voix et au plus les 2/3 moins 1 voix <u>(avec les actionnaires de la 4ème catégorie)</u>

Les droits de vote sont plafonnés au % de capital détenu

Si plusieurs actionnaires, ils s'expriment d'une seule voix à l'AG dans le cadre d'"un pacte signé entre les actionnaires de référence</td><td>Libre</td></tr>
<tr><td>Catégorie 2 :
Collectivités territoriales non actionnaires de référence</td><td>1 action au moins</td><td>Au moins 10 % des voix et au plus 40 % moins une voix</td><td rowspan="2">Ensemble, es deux catégories doivent totaliser 1/3 + 1 voix</td><td>3 sièges au plus</td></tr>
<tr><td>Catégorie 3 :
Représentants élus par
les locataires</td><td>3 actions au moins</td><td>Au moins 10 % des voix et au plus 40 % moins une voix.</td><td>3 sièges à l'AG comme
au CA.</td></tr>
<tr><td>Catégorie 4 :
Autres actionnaires</td><td>1 action au moins</td><td colspan="2">Le solde restant à attribuer après les 3 premières catégories. Pas de minimum et au plus 1/6 des voix moins 2</td><td>libre</td></tr>
<tr><td>Dont personnes physiques</td><td>5 % au plus du capital</td><td colspan="2">Pas de minimum et au plus 5% au plus des voix</td><td>1 au moins (président, sauf cas des collectivités présidents</td></tr>
</table>

Rappel :
Le nombre total de voix dont dispose l'ensemble des actionnaires est égal à 10 fois le nombre des actions de la SA HLM, de sorte que chaque actionnaire puisse disposer d'au moins une voix.

Modalités d'interventions des SA HLM

Les marchés conclus par les SA HLM sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (CCH, art. L. 433-1). L'ordonnance met en place des règles de publicité et de mise en concurrence préalables.

1.2.1.2.2 Le régime fiscal

Les SA HLM sont exonérées de l'impôt sur les sociétés au titre des activités rattachées au« service d'intérêt général » suivantes :

- les opérations réalisées au titre du service d'intérêt général défini à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation ;
- les produits engendrés par les locaux annexes et accessoires des ensembles d'habitations mentionnés à l'article L. 411-1 du même code, à la condition que ces locaux soient nécessaires à la vie économique et sociale de ces ensembles ;
- les produits financiers issus du placement de la trésorerie des organismes HLM.

La fraction du bénéfice provenant d'activités autres est en revanche soumise à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun.

Les SA HLM sont, en matière de gestion financière et comptable, soumis soit aux règles applicables aux sociétés anonymes de « droit commun ».

1.2.1.2.3 Les modalités de contrôle

Les SA HLM font l'objet de multiples contrôles spécifiques s'exerçant dès la création du groupement (Agrément).

Puis, tout au long de son existence, la SA sera soumise au contrôle de l'Administration : contrôles dits "sur pièces" et "sur place" (CCH, art. L. 451-1). Ces contrôles ont pour fonction de vérifier l'emploi conforme à leur objet des subventions, prêts ou avantages consentis par l'État et le respect par les organismes contrôlés des dispositions législatives et réglementaires qui régissent leur mission de construction et de gestion de logement social. L'administration peut aussi procéder à une évaluation d'ensemble de l'activité consacrée à cette mission, dans ses aspects administratifs, techniques, sociaux, comptables et financiers (CCH, art. L. 451-1).

Ce contrôle est mené par une mission interministérielle d'inspection du logement social dite MIILOS, instituée par un décret n° 93-236 du 22 février 1993 (JO 24 févr. P 1993) ; celle-ci est chargée du contrôle de toute société, association, collectivité ou organisme, quel qu'en soit le statut, exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux.

Le Code de la construction et de l'habitation ouvre en outre aux collectivités territoriales concernées le droit de faire contrôler les opérations et les écritures des SA HLM bénéficiaires d'avances ou garantie d'emprunt, selon des modalités fixées par l'article R. 451-4 du Code de la construction et de l'habitation. Le droit de contrôle est également ouvert aux départements et aux Chambres de Commerce et d'industrie, quand elles ont accordé des avantages similaires aux SA HLM (CCH, art. L. 451-6).

Les SA HLM sont, comme toutes sociétés anonymes, contrôlées par un Commissaire aux Comptes désigné pour 6 ans.

1.2.1.3 La société anonyme coopérative de production HLM et la société anonyme coopérative d'intérêt collectif HLM

Les sociétés anonymes coopératives de production HLM ont été créées avec la loi n° 71-580 du 16 juillet 1971.

La loi du 1er août 2003 relative à la ville et à la rénovation urbaine introduit dans le code de la construction et de l'habitation une nouvelle catégorie d'organismes HLM : la société coopérative d'intérêt collectif HLM, plus communément désignée comme « SCIC HLM ».

1.2.1.3.1 Le régime juridique

Textes applicables :

Code de la construction et de l'habitation,
Articles L.422-3 et suivants
Et notamment, les articles L .422-5 à L.422-12, L.423-1 A à L.423-13, L.443-1 à L.443-6-1 et L. 451-1 à L.457-7
Articles R. 422-6 et suivants, R.422-16 et R. 422-17, R.423-1 et R.423-1-1, R.423-68 à R.423-84, R.433-1 à R.433-19 et R.461-1 à R.461-30
Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération

Code de commerce
Les sociétés coopératives HLM sont régies par les dispositions du livre IV du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les **dispositions non contraires** de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 modifiée portant statut de la coopération, du code civil et du code de commerce.

Pour les dispositions communes aux sociétés HLM, il convient de se reporter à la présentation détaillée sur les SA HLM.

A. La société anonyme coopérative de production HLM

Statuts – Compétences

Les sociétés anonymes coopératives de production HLM ont été créées avec la loi n° 71-580 du 16 juillet 1971.

Pour marquer leur spécificité par rapport au droit commun, le législateur leur a imposé l'adoption de statuts-types remplacés en 1993 par des clauses-types, fréquemment modifiées, figurant en annexe à l'article R. 422-6 du Code de la construction et de l'habitation.

Les clauses-types de ces sociétés présentent peu de différences avec celles des sociétés anonymes HLM à l'exception de l'objet social, de la variabilité du capital et des modalités d'expression des voix aux assemblées.

Résultent du caractère coopératif de la société l'interdiction de l'augmentation du capital par incorporation de réserves, ainsi que celle de leur distribution en totalité ou en partie à l'occasion de la dissolution de la société.

La compétence d'attribution des sociétés coopératives de production HLM, établie conformément à l'article L. 422-3 du Code de la construction et de l'habitation, est détaillée dans la clause-type n° 3 annexée à l'article R. 422-6 du Code de la construction et de l'habitation.

Le domaine privilégié des sociétés coopératives de production demeure l'accession à la propriété où elles ont compétence notamment pour réaliser des logements à prix de vente plafonné et pour assurer des prestations de services pour la réalisation et la gestion d'immeubles à usage d'habitation ainsi que pour la réalisation de travaux sur de tels immeubles.

Elles sont également compétentes pour intervenir en qualité d'aménageur et de lotisseur. Elles peuvent être gérantes ou syndics de copropriétés en difficulté, de logements vacants appartenant à des personnes physiques, de sociétés civiles immobilières d'accession progressive à la propriété ou dans des opérations programmées d'amélioration de l'habitat.
La location-accession fait également partie de leur domaine d'intervention.

Enfin, sans que cette énumération soit exhaustive, elles peuvent réaliser des hébergements de loisir à vocation sociale, des hôtels destinés à l'hébergement temporaire de personnes en difficulté, des résidences hôtelières à vocation sociale.

La loi n° 2009-323 du 25 mars 2009, en ses articles 43, III et 96, III, leur a ajouté des compétences au même titre que pour les sociétés anonymes HLM.

Assemblée Générale

Le principe qui régit l'expression des voix dans les sociétés coopératives est la règle "1 homme, 1 voix".

Ce principe est tout à fait contraire à la règle de la proportionnalité des voix par rapport au nombre d'actions détenues, en vigueur dans les sociétés anonymes de droit commun.

Cependant, afin de faciliter l'apport de capitaux particulièrement nécessaires dans le domaine de l'immobilier, la loi du 13 juillet 1992 sur la modernisation des coopératives (L. n° 92-643 : Journal Officiel 14 Juillet 1992) permet d'admettre, sous certaines conditions, des associés extérieurs.

Cette possibilité a été mise en place dans les sociétés coopératives de production HLM avec une clause-type devant figurer dans les statuts.

Cette importante modification législative permet aux sociétés coopératives de faire appel aux capitaux extérieurs tout en laissant la majorité des voix aux coopérateurs utilisateurs qui, dans les sociétés coopératives de production HLM, ne peuvent être que les suivants :

- les personnes physiques ayant recours aux services de la société, dans le cadre des activités qu'elle exerce à titre principal ou dans le secteur locatif ;
- les sociétés civiles coopératives de construction ;
- les employés de la société coopérative de production ;
- les accédants à la propriété qui acquièrent leur logement auprès d'une société civile de vente, d'attribution ou d'une société coopérative de construction.

Administration

Les sociétés coopératives de production HLM sont administrées par un conseil d'administration ou par un directoire et un conseil de surveillance. Lorsqu'elles exercent une activité de gestion locative, le conseil d'administration (ou de surveillance) comprend au moins un représentant des coopérateurs locataires désigné par l'assemblée générale (Clause-type n° 8).

B. La Sociétés anonyme coopérative d'intérêt collectif HLM

Les sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif HLM constituent une catégorie d'organismes HLM créée par la loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation du 1er août 2003.

Elles entrent dans une famille d'organismes à caractère coopératif dénommée « société coopérative d'intérêt collectif » dont l'existence résulte de la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 (art. 36 : Journal Officiel 18 Juillet 2001).

Statuts - Compétences

Le décret du 14 octobre 2004 fixe les clauses-types devant figurer dans les statuts d'une SCIC HLM. Il est désormais possible à toute coopérative HLM d'adopter ce nouveau statut.

Elles se distinguent de la SCIC de droit commun sur les points suivants :

- Les SCIC HLM sont obligatoirement constituées sous forme de Société Anonyme. Comme toutes les sociétés HLM, les statuts des SCIC HLM doivent être conformes aux clauses types se trouvant annexées au Code de la Construction et de l'Habitation (CCH) ;
- La SCIC HLM diffère également de la SCIC de droit commun en ce qu'elle est soumise à la procédure d'agrément HLM et non pas de celle prévue pour les SCIC

Elles ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif qui présentent un caractère d'utilité sociale. Selon une instruction fiscale du 15 septembre 1998, on entend par « activité d'utilité sociale, une activité qui tend à satisfaire un besoin qui n'est pas pris en compte par le marché ou qui l'est de façon peu satisfaisante ».

Leurs compétences à l'intérieur de cet objet sont celles des coopératives définies à l'article L. 422-3 du CCH.

La loi du 10 septembre 1947 modifiée s'applique à ce type de société sauf dans ses dispositions suivantes :

- article 16 (al. 3 et 4) : incorporation au capital de sommes prélevées sur les réserves ;
- article 18 : remboursement de l'associé qui se retire ou qui est exclu ;
- article 19 septies (dernier al.) : limitation à 20 % du capital de l'actionnariat des collectivités territoriales ;
- article 19 nonies (al. 3) : non prise en compte des subventions pour le calcul de l'intérêt servi aux parts sociales.

Capital – Actionnariat - Assemblée générale

Le capital minimum est fixé à 18 500 €. Le capital est variable. Il ne peut jamais être inférieur au minimum légal rappelé ci-dessus.

Elles se différencient des sociétés coopératives de production HLM par la présence obligatoire, en qualité d'associés, des collectivités publiques et de leurs groupements qui peuvent participer au capital sans plafond (Clause-type n° 5) ainsi qu'au niveau de l'expression des voix (Clause-type n° 10).

En effet, dans la SCIC HLM, les associés sont répartis en collèges. Trois collèges sont obligatoires :

- celui des salariés (titulaires d'un contrat de travail avec la SCIC HLM),
- celui des utilisateurs (personnes physiques bénéficiant des services de la SCIC HLM,
- celui des collectivités publiques.

Les statuts peuvent prévoir d'autres collèges. Ils fixent librement les droits de vote de chacun des collèges, chaque collège ne pouvant détenir moins de 10% des droits de vote ni plus de 50%, le collège des salariés étant spécifiquement plafonné à 15%. En aucun cas, la détermination des droits de vote attachés à un collège ne peut être la proportionnalité au capital détenu.

Administration

Les sociétés coopératives d'intérêts collectifs sont administrées par un conseil d'administration ou par un directoire et un conseil de surveillance.

Si elle décide d'intervenir dans le secteur locatif, la société d'intérêt collectif HLM devra avoir des représentants des locataires dans son conseil d'administration ou de surveillance.

C. Transformation des sociétés anonymes coopératives

- Les sociétés coopératives HLM peuvent être autorisées à se transformer en sociétés anonymes HLM lorsque la survie de l'entreprise ou les nécessités de son développement l'exigent. Dans ce cas les réserves de ces sociétés restent indisponibles pendant 10 ans.

  La décision est prise conjointement par le ministre chargé du logement et par le ministre chargé de l'économie sociale. La société doit alors mettre ses statuts en conformité avec les clauses types auxquelles sont assujetties les sociétés anonymes HLM.

  La demande de sortie du statut coopératif est accompagnée d'un dossier figurant à l'article R. 422-9-6 du Code de la construction et de l'habitation.

  Le ministre chargé du logement instruit le dossier, consulte le comité permanent du conseil supérieur des HLM, puis le conseil supérieur de la coopérative qui dispose d'un mois pour se prononcer.

  L'avis est transmis au ministre chargé du logement et au ministre chargé de l'économie sociale qui autorisent ou refusent la sortie de la société du statut coopératif.

  Le ministre chargé de l'économie sociale notifie la décision à la coopérative concernée.

  Les sociétés coopératives de production HLM peuvent également demander leur transformation en société anonyme coopérative d'intérêt collectif HLM.

- Par ailleurs, en application des dispositions de l'article L.422-3-2 du CCH, « les sociétés anonymes *coopératives mentionnées aux articles L. 422-3 [SCP HLM] peuvent décider de se transformer en société anonyme coopérative d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré. Cette décision n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. A peine de nullité, la décision de transformation doit être agréée par le ministre chargé de la construction et de l'habitation.* »

  Toute société coopérative de production HLM ou société coopérative de location-attribution peut donc adopter les statuts de société coopérative d'intérêt collectif HLM au moyen d'une assemblée générale extraordinaire.

La transformation est réalisée sur décision l'assemblée générale extraordinaire. Le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) fait rédiger et approuve par délibération le texte des nouveaux statuts de la société transformée qui doivent comporter l'ensemble des clauses-types fixées par décret. Les nouveaux associés éventuels (notamment pour les catégories rendues obligatoires par la loi) devront être préalablement agrée. Puis, le projet de statuts sera soumis à l'approbation de l'assemblée générale

Si la nature de la société change, sa forme anonyme n'est pas modifiée, aucun rapport du commissaire aux comptes n'est donc requis.

La réalisation des opérations de transformation est sous la condition suspensive de l'agrément ministériel. Il est effet possible de fixer la prise d'effet de la transformation à la date de l'agrément.

D'un point de vue fiscal, la transformation n'entraîne pas la disparition de l'être moral existant et la création d'un nouveau. Dans ces conditions, l'opération est soumise au seul droit fixe d'enregistrement.

Conformément à l'article L.422-3-2 du CCH la société doit solliciter le renouvellement de son agrément auprès du ministre en charge du Logement. Le ministre saisit alors, pour avis, le conseil supérieur HLM.

Conformément à la loi, les nouveaux statuts sont également transmis pour information à l'Administration locale en la personne du Préfet du lieu du siège social.

Cette forme juridique, par l'organisation plus souple des collèges d'associés, favorise les partenariats autour de projets sociaux et économiques locaux en faveur du logement des ménages modestes, dans le respect des valeurs de l'économie sociale qui les animent.

L'intérêt de la transformation en SCIC ne tient ni à l'objet social stricto sensu ni au régime fiscal d'exercice de l'activité car ceux-ci sont identiques dans une SCIC HLM à ceux d'une SCP HLM. Il repose sur la notion de l'intérêt collectif qui n'a pas à se trouver formalisé dans une SCP HLM alors qu'il est inévitable et nécessaire dans une SCIC HLM. Il vient aussi de la souplesse de l'organisation du sociétariat qui permet de prendre en compte et de traduire dans les conditions d'admission et de retrait comme dans les modalités de répartition des droits de vote, la diversité du sociétariat qui existe aujourd'hui dans les SCP HLM, l'évolution de son effectif, de son poids au sein de la coopérative comme à l'extérieur de celle-ci.

1.2.1.3.2 Le régime fiscal

A l'instar des organismes HLM, les SCIC HLM et les SCP HLM sont exonérées de l'Impôt sur les Sociétés pour les activités relevant du service d'intérêt général.

1.2.1.3.3 Les modalités de contrôle

Etant constituée sous forme de Société Anonyme, les SCIC et les SCP HLM sont soumises au contrôle d'un Commissaire aux Comptes désigné pour 6 ans.

En outre, comme toutes sociétés HLM les Sociétés coopératives HLM sont soumises à un contrôle administratif et notamment de la MIILOS.

1.2.1.3.4 Les points d'attention particuliers

- **Les SCP HLM**

1. La SCP HLM a pour vocation principale de construire des logements en accession sociale à la propriété, de construire et gérer des logements locatifs soumis à la réglementation HLM, et de gérer des syndicats de copropriétés.

(Pour la lucrativité limitée, cf. ci-dessous SCIC HLM)

2. Cette structure juridique peut admettre des associés extérieurs, sans toutefois que leurs droits de vote puissent excéder 35 % du total des droits de vote.

3. Le capital social minimum est fixé à 18 500 €, soit la moitié du capital social minimum des SA de droit commun. Toutefois il convient d'adapter le montant du capital social à l'importance de l'activité, aux besoins de financements de la société.

4. Le capital est variable. Il peut augmenter ou diminuer sans aucune formalité d'enregistrement. Les associés peuvent donc entrer et sortir facilement de la société par voie d'apport ou de remboursement par la coopérative de leur apport.

5. Elle peut se transformer en SCIC HLM sans que cela entraîne la création d'une personne morale nouvelle (voir paragraphe **C**. Transformation ci-dessous)

- **Les SCIC HLM**

1. L'objet social de la SCIC est le même que celui de la SCP HLM. Une telle structure ne peut ainsi exercer des activités concurrentielles. De plus, s'agissant d'une structure à lucrativité limitée les excédents doivent être affectés aux réserves impartageables, ce qui accentue l'utilité sociale recherchée. Le solde peut être en partie affecté à la rémunération plafonnée des parts sociales après déduction des éventuelles aides publiques et associatives; l'équivalent de ces aides et le dernier solde sont affectés à ces mêmes réserves impartageables.

2. Le capital social minimum est fixé à 18 500 €, soit la moitié du capital social minimum des SA de droit commun. Toutefois il convient d'adapter le montant du capital social à l'importance de l'activité, aux besoins de financements de la société.

3. Le capital est variable. Il peut augmenter ou diminuer sans aucune formalité d'enregistrement. Les associés peuvent donc entrer et sortir facilement de la société par voie d'apport ou de remboursement par la coopérative de leur apport.

4. Les collectivités territoriales peuvent participer au capital des SCIC HLM sans plafond.

1.2.2 Les organismes privés non HLM

Le Décret n° 2009-1684 du 30 décembre 2009 précise que tout organisme à gestion désintéressée peut être agréé. Il n'est donc pas visé un organisme à statut particulier mais bien l'ensemble des organismes qui ont une gestion désintéressée des activités pour lesquelles ils sollicitent un agrément, c'est-à-dire, qui sont « *gérés et administrés à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation* » comme le fixe l'article 261-7-1er-d du code général des impôts et qui ne procèdent à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfice, sous quelque forme que ce soit (cf. instruction fiscale 4H-5-06 N°208 du 18 décembre 2006 paragraphe 14).

Les premiers acteurs sur ce champ sont les associations dont les statuts sont définis dans la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

Toutefois, les autres organismes à but non-lucratif comme, par exemple, les fondations, peuvent aussi prétendre, pour leur partie d'activité à gestion désintéressée, à être agréés.

Les sociétés commerciales (SARL, SA, SAS, les unions d'économie sociale, SEM...) peuvent aussi se voir agréées dès lors que leur gestion est désintéressée.

Etant précisé que ces organismes doivent avoir pour objet l'insertion par le logement ou l'hébergement des personnes défavorisées visées au II de l'article L. 301-1 du CCH.

1.2.2.1 La société d'économie mixte

1.2.2.1.1 Le régime juridique

Textes applicables :
Article L.1521-1 et suivants du Code Général des Collectivités Territoriales

Qu'est-ce qu'une société d'économie mixte locale ?

Les sociétés d'économie mixte locales (SEML) constituent une variété de sociétés d'économie mixte associant au capital une ou plusieurs collectivités locales majoritaires (commune, établissement public de coopération intercommunal,…) et des partenaires économiques et financiers. C'est une personne morale de droit privée.

Les lois n°83-597 du 7 juillet 1983 et n°2002-1 du 2 janvier 2002 codifiées aux articles L.1521-1 et suivants du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT) ainsi que les dispositions du Code du commerce relatives aux sociétés anonymes forment le cadre réglementaire des sociétés d'économie mixte locales. Elles permettent l'intervention des collectivités territoriales dans le domaine économique par le biais de cette forme de société.

Toutefois, les SEML dont l'activité consiste en la construction et la gestion de logements sociaux sont soumises en priorité aux dispositions du Code de la Construction et de l'Habitation (articles L.481- 1 et suivants).
Ces textes définissent le statut et les modalités de fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales.

A. La constitution d'une SEML

Selon l'article L.1521-1 du CGCT, « les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ». Les sociétés d'économie mixtes locales peuvent également intervenir dans des opérations liées aux besoins d'établissements de santé, sociaux ou médico-sociaux.

L'économie mixte naît avec l'association d'une collectivité locale à la société. La prise de participation est donc un élément capital qui échappe par nature au droit privé puisqu'il s'agit d'une décision administrative. Celle-ci est prise par l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou de l'établissement public de regroupement. Elle obéit évidemment aux règles qui gouvernent la collectivité ou l'établissement concerné ; elle est soumise au contrôle de légalité.

La participation à des sociétés d'économie mixte locales est possible tant pour des collectivités territoriales et leur groupements français qu'étrangers.

Les sociétés d'économie mixte locales peuvent exercer des compétences autres qu'administratives, reconnues par la loi aux collectivités territoriales, mais ne peuvent remplir des missions qui ne relèvent pas des attributions des collectivités territoriales actionnaires.

L'objet des sociétés d'économie mixte locales peut inclure plusieurs activités mais celles-ci doivent être complémentaires (art. L.1521-1 du CGCT).

Pour créer des sociétés d'économie mixte locales, les assemblées délibérantes des communes, des départements, des régions et de leurs groupements peuvent acquérir des actions ou recevoir, à titre de redevance, des actions d'apports, émises par ces sociétés (art. L.1522-1, al 1er du CGCT).

Forme sociale - Capital

En-dehors de l'Alsace-Moselle, les sociétés d'économie mixte locales doivent en vertu de l'article L. 1522-1 du CGCT revêtir la forme d'une société anonyme, régies par le livre II du Code de commerce.

Leur capital social doit être au moins égal à 225 000 euros pour celles dont l'objet social comprend la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels destinés à la vente ou à la location. Il doit être égal à au moins 150 000 euros pour celles ayant dans leur objet l'aménagement.

Lorsqu'une société d'économie mixte locale exerce les deux activités, son capital doit être au minimum de 225 000 euros.

Si l'objet ne comprend aucune de ces activités, le capital minimum est celui fixé par l'article L.224-2 du Code de Commerce : 37.000 euros ou 225.000 euros si la société fait appel public à l'épargne.

Participations au capital

Les communes, les départements, les régions et leurs groupements doivent détenir, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales (art. L.1522-1 du CGCT).

La participation au capital social des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15% (art. L.1522-2 du CGCT).

Ces actionnaires sont les personnes privées et les personnes publiques autres que les communes, les départements, les régions et leurs groupements.

Les collectivités ou groupements étrangers qui peuvent participer à une société d'économie mixte locale française ne peuvent pas détenir sauf exceptions prévues par les textes, ensemble plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants de la société (art. L.1522 du CGCT). Les prises de participation des collectivités territoriales sont décidées par leurs assemblées délibérantes.

Suivant les articles L.1522-4 et L.1522-5 du CGCT, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, sous certaines limites, consentir aux SEML dont ils sont actionnaires des apports en compte courant.

B. Fonctionnement

En ce qui concerne leur fonctionnement, les sociétés d'économie mixte locales sont soumises aux dispositions du Code de Commerce (cf. Présentation détaillées de la Société Anonyme) sous réserve des modalités spécifiques prévues par le Code Général des Collectivités territoriales qui prévoit quelques adaptations à savoir :

Activités des sociétés d'économie mixte locales

Les sociétés d'économie mixte locales peuvent intervenir pour des personnes publiques ou privées qui ne participent pas à leur capital (art. L.1523-1 du CGCT).

Pour les opérations autres que des prestations de services, cette intervention est subordonnée à la condition que ces tiers apportent préalablement la totalité du financement nécessaire, s'il s'agit de personnes privées, ou garantissant la totalité du financement nécessaire, s'il s'agit de personnes publiques.

Les sociétés d'économie mixte locales ne sont pas tenues de faire référence dans leur objet social à un champ territorial d'intervention déterminé. Sauf limitation dans les statuts, elles peuvent réaliser des constructions sur tout le territoire.

Lorsqu'il ne s'agit pas de prestations de services, les rapports entre les collectivités territoriales, leurs groupements ou une autre personne publique d'une part, et les sociétés d'économie mixte locales d'autre part, peuvent être définis par une convention publique d'aménagement visée qui selon l'article L.1523-2 du CGCT combiné à l'article L.300-5 du Code de l'Urbanisme, doit comporter certaines mentions à peine de nullité :

- L'objet du contrat, sa durée et les conditions de son éventuelle prorogation ou renouvellement ;
- Les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par la collectivité, le groupement ou la personne publique contractant ainsi que, éventuellement, les conditions et modalités d'indemnisation de la SEML concessionnaire ;
- Les obligations de chacune des parties, et le cas échéant, le montant de la participation financière qui peut prendre la forme d'apports en nature et les modalités de contrôle technique, financier et comptable, ainsi que les conditions dans lesquelles la collectivité, le groupement ou la personne publique contractant pourra faire l'avance de fonds nécessaire au financement de la mission ;

- Les modalités de rémunération de la société ou de calcul de son coût d'intervention : lorsque la rémunération ou le coût de l'intervention est à la charge de la collectivité, du groupement ou de la personne publique, son montant est librement négocié entre les parties : lorsque la société est rémunérée par des redevances perçues auprès des usagers, le contrat précise les modalités de fixation des tarifs et de leurs révisions ;
- Les pénalités applicables en cas de défaillance de la société ou de mauvaise exécution du contrat.

Assemblées des sociétés d'économie mixte locales

Comme indiqué ci-dessus, les règles de fonctionnement des assemblées générales des SEML sont directement issues du droit commun. Il existe toutefois une particularité tenant aux dispositions de l'article L.1522-1 2° du CGCT qui prévoient que les collectivités territoriales et leurs groupements doivent détenir, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié des voix dans les organes délibérants.

Toutefois, l'article L.1522-1 2° du CGCT n'a prévu aucune disposition imposant la présence ou la représentation desdites collectivités sous peine d'entraîner l'irrégularité ou la nullité de l'assemblée.

Pour éviter une situation de fait qui pourrait conduire à ce que des décisions contraires aux intérêts des collectivités soient prises par une assemblée générale, il est vivement conseillé d'inclure dans les statuts une disposition précisant que la tenue des assemblées est subordonnée à la présence au quorum d'une majorité des actions détenues par les collectivités territoriales. Ce quorum spécifique s'ajoutant au quorum de droit commun des assemblées des sociétés anonymes.

Conseil d'administration ou conseil de surveillance

Comme toute société anonyme, la SEM peut être organisée selon deux modes :

- le mode moniste : La SEM de type moniste est dotée d'un conseil d'administration, lequel élit en son sein un président ;
- le mode dualiste : la SEM est dotée d'un directoire et d'un conseil de surveillance.

Pour de plus amples informations il conviendra de se reporter à la présentation détaillée sur la Société Anonyme.

Toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaires a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée.

Les sièges sont attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque collectivité ou groupement.

Le conseil d'administration ou de surveillance peut comprendre, jusqu'à 18 membres.

Si ce nombre ne suffit pas à assurer la représentation directe des collectivités territoriales ou de leurs groupements ayant une participation réduite au capital, ils sont réunis en assemblée spéciale au sein de laquelle un siège au moins leur est réservé.

Quant aux personnes publiques autres que les collectivités territoriales et qui sont actionnaires de la société, leur représentation sera assurée conformément aux règles qui les gouvernent.

Seuls les représentants des associés privés sont désignés conformément au droit commun, le droit des sociétés confiant à l'assemblée générale le choix des administrateurs ou des membres des conseils de surveillance.

Modalités d'interventions des SEML

- ***Soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence***

Les sociétés d'économie mixte locales sont soumises aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

Si elles ne sont pas soumises aux dispositions du code des marchés publics, elles peuvent cependant s'y soumettre volontairement.

C. Constitution et gestion du patrimoine immobilier

C.1. Acquisition/cession d'un bien immobilier

Rappel des principes généraux gouvernant les SEML

Il convient de rappeler que le principe de base est que l'objet social poursuivi par la SEML doit en principe entrer dans le champ des compétences confiées par la loi aux collectivités territoriales et être compatible avec les règles encadrant leur capacité d'intervention dans le domaine économique.

La limite ultime du champ d'intervention des Collectivités Territoriales, et donc des SEM, réside dans la notion « d'activité d'intérêt général » sans pouvoir être étendu à une activité entrant traditionnellement dans le domaine réservé à l'initiative privée (le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie demeure une limite indéniable à la capacité d'intervention des collectivités territoriales, donc des SEML).

Cela étant la loi du 7 juillet 1983 a abandonné toute référence au principe de spécialité des SEML en autorisant les sociétés à poursuivre plusieurs activités à la fois. (Article L.1521-1 du CGCT).

La loi autorise enfin la prise de participation dans une société commerciale, et plus généralement une société à but lucratif.

Comme exposé ci-dessus, le droit pour une SEML de réaliser une opération quelconque est naturellement déterminé par son objet social. L'article L.1521-1 du CGCT (article 1er loi du 7 juillet 1983) prévoit que l'objet social des SEML peut porter sur :

- La réalisation d'opérations d'aménagement et de construction,
- L'exploitation de services publics à caractère industriel et commercial,
- La conduite d'opération d'intérêt général.

Modalités juridiques de réalisation de l'opération

L'avis des Domaines

La loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 (loi MURCEF) a modifié, en la simplifiant, la procédure de consultation des Domaines imposée par le décret n°86-455 du 14 mars 1986.

Il ressort de l'article 23 de la loi de 2001 que l'avis des domaines doit être demandé avant toute entente amiable pour les projets d'opérations immobilières quand il sont poursuivis par :

Les collectivités territoriales, leurs groupements, leurs établissements publics, leurs concessionnaires, les sociétés et organismes dans lesquels ces collectivités, personnes ou établissements exercent un pouvoir prépondérant de décisions ou de gestion ou détiennent ensemble ou séparément, la majorité du capital ou des voix dans les organes délibérants lorsque ces sociétés ou organismes ont pour objet des activités immobilières ou des opérations d'aménagement.

Les projets d'opérations immobilières qui entrent dans le champ d'action de cette loi sont notamment :

- les acquisitions à l'amiable, par adjudications ou par exercice du droit de préemption d'immeubles, de droit réels immobiliers, de fonds de commerce ou de droits sociaux donnant vocation à l'attribution en plein propriété d'immeubles ou de parties d'immeubles,

En l'espèce, l'opération projetée entre dans le champ d'application de la loi MURCEF, l'avis des domaines devra être demandé.

Un Décret en Conseil d'Etat devait être pris afin de fixer les conditions d'application de l'article 23, mais, finalement, ce décret, selon les termes du Ministre de l'Intérieur, « n'a pas paru juridiquement nécessaire ».

Le processus de consultation des domaines est le suivant : la SEML devra déposer un dossier auprès du Service des Domaines contenant :

- La décision d'acquérir par l'organe compétent ;
- Le but de l'opération ;
- Le plan de situation, le plan et l'état parcellaire des immeubles bâtis ou non bâtis ;
- Les mentions de la superficie réelle ;
- Les noms et adresses connues des propriétaires.

L'avis est formulé dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Après ce délai d'un mois la réalisation de l'opération peut être effectuée.

Si cet avis doit être obligatoirement demandé, il ne s'impose pas juridiquement à l'acquéreur.

L'organe délibérant est juste tenu de délibérer. Cette disposition est importante puisque si une simple obligation de délibérer est prévue en cas de dépassement éventuel, cela démontre de facto que l'avis des Domaines ne s'impose pas.

La sanction de l'obligation de délibérer au vu de l'avis émis par le service des domaines réside dans le seul exercice du contrôle de légalité des actes incombant au préfet.

De fait, la délibération de l'organe devra être motivée pour expliquer les raisons pour lesquelles l'avis consultatif de domaines n'a pas été suivi.

L'organe devant délibérer au vu de l'avis n'est pas spécifié par les textes. Il convient donc de se référer au droit des sociétés et à la répartition statutaire des pouvoirs. Le Conseil d'administration est investi des pouvoirs correspondant aux trois prérogatives suivantes :

- La détermination des orientations,
- Le règlement des questions intéressant la bonne marche et les affaires de la société,
- Les contrôles et les vérifications.

L'Assemblée Générale des actionnaires arrête les principes qui gouvernent l'organisation et la gestion de la société.

Manifestement, au regard des principes sus énoncés, l'organe devant délibérer est le Conseil d'administration (rien n'empêchant de faire délibérer les deux organes).

La délibération de la Collectivité Territoriale
L'acquisition n'a pas à être précédée d'une délibération spéciale de la Collectivité Territoriale actionnaire principal.

Un contrôle de légalité spécifique
L'article L 1524-1 al.1er du Code Générale des Collectivités Territoriales prévoit que : « Les délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et des assemblées générales des sociétés d'économie mixte locales sont communiquées dans les quinze jours suivant leur adoption au représentant de l'Etat dans le département où se trouve le siège social de la société. »

C'est l'information traditionnelle de l'Autorité Administrative par les SEM sans que ce soit là un véritable contrôle de légalité identique à celui des Collectivités Territoriales.

En effet l'Article L1524-2 du CGCT prévoit également que :
« *Si le représentant de l'Etat estime qu'une délibération du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou des assemblées générales d'une société d'économie mixte locale est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires, ou le risque encouru par la ou les collectivités territoriales ou leurs groupements qui ont apporté leur garantie à un emprunt contracté par la société, il saisit, dans le délai d'un mois suivant la date de réception, la chambre régionale des comptes, à charge pour lui d'en informer simultanément la société et les assemblées délibérantes des collectivités territoriales ou de leurs groupements, actionnaires ou garants. La saisine de la chambre régionale des comptes entraîne une seconde lecture par le conseil d'administration ou de surveillance ou par les assemblées générales de la délibération contestée.*

La chambre régionale des comptes dispose d'un délai d'un mois à compter de la saisine pour faire connaître son avis au représentant de l'Etat, à la société et aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements, actionnaires ou garants. »

Cette communication permettra seulement au Préfet de saisir la Chambre Régionale des Comptes, s'il estime que les délibérations font courir un risque financier à la Collectivité actionnaire.

Règles fiscales
Voir les fiches traitant des cessions impliquant des SEML

C.2 Les apports en nature

La principale difficulté des opérations d'apport en nature (et sur ce plan, il est possible de procéder à l'assimilation des simples apports en nature avec les apports-fusions) tient à l'évaluation des biens et droits objets de l'apport.

Et pourtant le contrôle de l'évaluation des apports en nature consentis à une SEML est, dans certains cas, double :

- le service des domaines doit fournir un avis préalable pour les acquisitions immobilières des SEML ;
- par ailleurs, en application de la loi sur les sociétés commerciales, les apports en nature donnent lieu à l'intervention d'un commissaire aux apports, que l'on fera nommer par requête présentée au président du tribunal de commerce du ressort et dont la mission consiste à apprécier l'évaluation donnée aux biens ou droits objets de l'apport par les actionnaires de la société bénéficiaire des apports.

La consistance des apports en nature peut être très variée ; il peut s'agir de biens ou de droits. Parmi les apports qui peuvent se rencontrer dans les SEML, peuvent être cités :

- les biens ou les droits immobiliers, étant notamment souligné que ces droits peuvent être réels (baux emphytéotiques, à construction…) ou personnels ;
- les droits tirés d'un contrat comme dans le cas d'une concession de service public (cas de la valorisation des droits du concessionnaire apportés au capital) ;
- les brevets …..

Dans chacun de ces cas, et quel que soit le contenu de l'apport consenti, une attention particulière ne peut qu'être recommandée pour leur évaluation au regard des besoins réels de la société et des objectifs poursuivis.

C.3. Mise à disposition de biens immobiliers

Rien ne s'oppose à ce qu'un SEML bénéficie d'une mise à disposition d'un bien immobilier en vertu d'un bail ou que cette dernière mette à disposition un bien immobilier dont elle est propriétaire dès lors que cela entre dans son objet social.

1.2.2.1.2 Le régime fiscal

L'impôt sur les sociétés

Activités d'aménageurs :
Les SEML concessionnaires d'opérations d'aménagement, sur le fondement de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, pour les résultats provenant d'opérations réalisées dans le cadre d'une ZAC, de lotissements, de zone de restauration immobilière, de zones de résorption de l'habitat insalubre et les opérations de rénovation urbaine sont exonérées d' impôt sur les sociétés (art. 207-6 bis CGI).

Sont également exonérées les SEML de construction qui procèdent, sans but lucratif, au lotissement et à la vente de terrains leur appartenant, à condition toutefois que leurs statuts soient conformes aux clauses types (article 207-1-7° du CGI).

Activités relevant du service d'intérêt général :
Application de l'exonération prévue en faveur des organismes HLM

Le régime de la TVA

En principe, la nature des activités des SEML les assujettit à la TVA dans les conditions prévues par les articles 256 et suivants du CGI. Toutefois, pour les SEML d'aménagement, l'administration fiscale admet, depuis la jurisprudence du Conseil d'État du 7 mai 1986 (ministre de l'Économie, des Finances et du Budget c/ société Terrabâtir), la déductibilité de la TVA ayant grevé les équipements de la zone d'aménagement remis gratuitement à la collectivité territoriale, dès lors que cette remise gratuite est prévue dans le cadre de la convention d'aménagement.

La comptabilité des SEML

La soumission au régime comptable de droit commun. Comme toute société anonyme, la SEML est soumise dans l'exercice de ses activités aux règles de la comptabilité privée, en l'occurrence au plan comptable général élaboré sous l'égide du conseil national de la comptabilité. Les SEML doivent, à ce titre et conformément à l'article L. 123-12 du Code de commerce, produire chaque année des comptes sociaux comportant un bilan, un compte de résultat et une annexe.

Encaissement de recettes publiques par une SEML

Les comptables des collectivités et établissements publics locaux sont seuls habilités à manier les fonds appartenant à ces collectivités et à recouvrer leurs recettes.

Il est rappelé à cet égard qu'une collectivité ou un établissement public local ne peut confier, dans le cadre d'une convention de prestation de service, le recouvrement de ses recettes à une personne privée ni même à une SEML dont elle est actionnaire. Tel est le cas par exemple, des loyers. Une SEML ne peut valablement encaisser des recettes publiques que dans le cadre d'un contrat de gestion déléguée d'un service public local et pour les seules recettes qui sont prévues par la convention. En revanche, lorsque la SEML agit dans le cadre d'un contrat de mandat, conclu notamment en application de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, dite « loi MOP », elle n'est pas habilitée à encaisser des recettes pour le compte de la collectivité.

1.2.2.1.3 Les modalités de contrôle

Contrôles internes

Un droit d'information et de contrôle est exercé par les collectivités et groupements actionnaires. Ce contrôle prend la forme d'un rapport remis par leur représentant au sein de la société d'économie mixte locale. L'article L. 1524-5, alinéa 14, du Code général des collectivités territoriales rappelle que « les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an et qui porte notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société d'économie mixte ».

En outre, conformément aux dispositions du droit des sociétés, la collectivité territoriale ou le groupement actionnaire dispose en permanence de droits à l'information et à ce titre peut consulter à tout moment au siège social de la société les comptes annuels des trois derniers exercices, la liste des administrateurs, la liste des actionnaires, les rapports du conseil d'administration ou encore les rapports des commissaires aux comptes soumis aux assemblées générales annuelles.
En outre un contrôle est exercé par le commissaire aux comptes (C. com., art. L. 225-235, al. 3).

Contrôles externes

Les délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et des assemblées générales des sociétés d'économie mixte locales sont communiquées dans les 15 jours de leur adoption au représentant de l'Etat dans le département du siège social de la société. Il en va de même des contrats visés aux articles L.1523-2 à L.1523-4 du CGCT, des comptes annuels et des rapports du Commissaire aux Comptes.

Si celui-ci estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs des collectivités territoriales ou de leurs groupements, actionnaires, ou le risque encouru par les collectivités ou groupements ayant apporté leur garantie financière à un emprunt contracté par la société, il saisit, dans le délai d'un mois suivant la date de réception de la délibération, la Chambre régionale des comptes, à charge pour lui d'en informer simultanément la société et les assemblées délibérantes des collectivités territoriales ou de leurs groupements concernés. Cette saisine entraîne une seconde lecture par le conseil d'administration ou de surveillance ou par les assemblées de la délibération contestée.

La Chambre régionale des comptes dispose d'un délai d'un mois à compter de sa saisine pour faire connaître son avis (L.1524-2, al 2 du CGCT).

Les SEML ayant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux sont soumises au contrôle de la mission interministérielle d'inspection du logement social.

En cas d'ouverture de procédure collective d'une SEML, peuvent jouer les sanctions civiles ou pénales susceptibles habituellement de frapper les dirigeants de sociétés de droit ou de fait.

1.2.2.1.4 Les points d'attention particuliers

1. La SEML permet une prise en compte de l'intérêt général dans les objectifs de l'entreprise et une forte implication des collectivités territoriales. Elle permet en outre le contrôle direct des décisions de la SEML par les collectivités actionnaires.

2. Elle dispose d'un niveau de capitalisation minimum important (surtout si elle fait appel public à l'épargne).

3. Elle dispose d'un statut fiscal avantageux (exonération d'IS sur les activités d'intérêt général) qui constitue un atout supplémentaire.

1.2.2.2 L'association

1.2.2.2.1 Le régime juridique

Textes applicables :
Loi du 1er juillet 1901
Décret du 16 août 1901

Les associations sont régies par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association et son décret d'application du 16 août 1901.

La loi du 1er juillet 1901 ne comporte aucune disposition réglementant le fonctionnement interne d'une association.

Les fondateurs bénéficient donc, sauf exception, d'une grande liberté pour rédiger les statuts de leur association.

Néanmoins, comme tout contrat, la convention d'association est régie, pour sa validité, par les principes généraux du droit et par les règles énoncées dans le Code civil.

A. Principales caractéristiques

La loi de 1901 a instauré un régime de liberté d'association qui a été rangé par le Conseil constitutionnel au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. En conséquence, cette liberté ne peut être réglementée que par le législateur.

Cette liberté est également reconnue par l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales :

En vertu du principe de liberté d'association, toute personne est libre d'adhérer à l'association de son choix, sauf si une association bénéficie d'un monopole légal.

Les principes généraux de cette loi sont :

- l'association est un contrat de droit privé conclu entre, au minimum, deux personnes ; elle est régie par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations,
- le contrat associatif est un projet collectif et se caractérise par sa permanence ; l'association existe pour une certaine durée (limitée ou non) fixée par ses membres,
- l'association se définit sans but lucratif, c'est-à-dire qu'elle ne recherche pas de profit, même si elle est appelée à vendre des produits ou services,
- la gestion de l'association est désintéressée, c'est-à-dire que l'association peut générer des bénéfices mais ne peut pas les partager entre ses membres,
- l'engagement de ses membres s'effectue de façon bénévole,
- l'objet de l'association ne doit pas porter atteinte à l'ordre public, ni être contraire aux lois et aux bonnes mœurs.

A.1 Le contrat d'association :

Le législateur a défini un cadre peu contraignant rendant ainsi sa création accessible au plus grand nombre.

Pour exister ce contrat devra être le fait de plusieurs parties qui auront la capacité à contracter pour mettre en œuvre un objet licite. Celles-ci manifesteront leur consentement, et l'assemblée constitutive de l'association mettra en forme cette volonté.

La formation du contrat d'association

- **Nombre**

Un minimum de deux personnes physiques ou morales est exigé pour composer cette organisation (art.1 de la loi du 01/07/1901).

- **Capacité**

Seuls les majeurs capables ou assimilés (mineur émancipé, majeurs protégés selon certaines conditions) pourront s'associer à ce contrat

Toutefois des réserves sont apportées pour certaines catégories de personnes, non pas quant à leur possibilité d'adhérer à une association, mais pour la diriger, comme par exemple, les militaires, les agents publics sous certaines réserves, les personnes déchues de leurs droits civiques, ou déchues du droit de diriger une personne morale.

- **Consentement**

La volonté exprimée de ses adhérents ou de ses dirigeants, manifestée, de façon formelle, au projet associatif, constitue une des conditions essentielles du contrat associatif.

- **L'objet du contrat : le principe de la liberté statutaire**

L'objet de l'association est l'activité pour laquelle elle a été constituée. Les motifs du regroupement des personnes sous la forme associative sont illimités. L'objet, le but recherché est librement choisi par ses membres. Ce grand principe est défini en soulignant à contrario, ce qui est illicite : article 3 de la loi du 01/07/1901, "toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet…"

Le caractère illicite de l'objet est sanctionné outre par la nullité de l'association mais aussi par la dissolution de cette dernière (L.1er juill. 1901, art. 7).

Si elle réalise des excédents, ceux-ci doivent être utilisés pour réaliser l'objet désintéressé de l'association. La capacité de l'association est limitée aux actes correspondant à ces activités.

L'objet doit donc être actualisé dès que l'association étend ou modifie ses activités, sous peine de nullité de tout acte se rapportant à une activité étrangère à l'objet statutaire.

- **L'assemblée constitutive**

Des membres fondateurs d'une association se réunissent pour approuver des statuts, préparés en amont de cette assemblée générale. Ils procèdent à une auto désignation en qualité de dirigeants fondateurs.

Cette assemblée constitutive fait l'objet d'un procès-verbal qui permet d'effectuer les formalités de déclaration en Préfecture et de transformer l'association de fait en association déclarée disposant de la capacité juridique.

Ultérieurement, d'autres membres pourront adhérer à l'association, dans les conditions fixées par les statuts.

Les Statuts
La signature d'un acte écrit n'est pas obligatoire mais est indispensable si les fondateurs veulent déclarer l'association pour qu'elle acquière la personnalité juridique ou s'ils veulent plus tard solliciter un agrément ou des subventions. Cet écrit devra même être établi par acte " authentique dès lors qu'il y a un apport sous différentes formes : ce sera le cas par exemple si l'un des fondateurs apporte à l'association un immeuble (local, bureaux, entrepôts…).

En principe, le contenu du contrat d'association est libre Il existe néanmoins certaines exceptions (associations sportives, professionnelles qui doivent mentionner quelques clauses obligatoires.

En outre, certaines associations doivent respecter certains statuts-types pour certaines structures, rendus obligatoires par les textes : associations reconnues d'utilité publique, (art. 11 D. du 16 Août 1901), certaines associations agréées, des associations particulières : fédérations départementales de chasseurs, conseils d'architecture, d'urbanisme et d'environnement, et les associations et fédérations sportives ……

En application de ce principe de liberté contractuelle, les statuts peuvent ne comprendre que seules mentions devant obligatoirement figurer dans la déclaration et dans l'avis publié au journal officiel, comme le titre exact et complet de l'association, l'objet ou le but qu'elle se propose, l'adresse du siège social et ses éventuels établissements.

Le fonctionnement du contrat d'association

Pour faire fonctionner l'association il convient néanmoins de fixer un minimum de règles (qualités de membres, les conditions d'adhésions …).

En outre, la loi de 1901 ne contient pas de dispositions relatives aux structures dont peuvent se doter les associations pour fonctionner. En pratique toutefois, il est d'usage que les associations se dotent d'un organe de décision (l'assemblée générale) et d'un organe exécutif (conseil d'administration et bureau).

- **Les membres**

Les statuts peuvent distinguer plusieurs catégories de membres. On trouve généralement les termes suivants:
- membres fondateurs (ceux qui sont à l'origine de l'association);
- membres d'honneur (personnalités qui mettent leur notoriété au service de l'association);
- membres bienfaiteurs (ceux qui ont rendu des services importants, qui acquittent une cotisation plus importante que la cotisation normale etc.);
- membres honoraires (anciens dirigeants qui ne participent plus à la vie de l'association);
- membres adhérents ou actifs (ils participent aux activités de l'association, acquittent une cotisation et possèdent le droit de vote aux assemblées générales);
- membres de droit.

Une association peut fixer librement des conditions pour l'admission de ses membres:
- parrainage par un ou plusieurs membres;
- agrément du bureau;
- âge minimal, etc.

Le refus d'une adhésion ne doit pas toutefois être discriminatoire.

Les membres de l'association mettent en commun leurs connaissances ou leur activité. Leur participation peut prendre diverses formes: participation physique, matérielle, intellectuelle etc. Cette participation doit répondre à trois conditions:

- elle doit être effectuée de façon permanente : une personne qui adhère pour une période limitée (journée, semaine etc.) n'est pas considérée comme un membre de l'association ;
- elle ne doit pas être effectuée en état de subordination à l'égard de l'association (caractéristique d'un contrat de travail),
- elle ne doit pas faire l'objet d'une rémunération sous quelque forme que ce soit.

- **L'assemblée générale**

L'assemblée générale présente un caractère obligatoire pour les associations reconnues d'utilité publique, certaines associations ou fédérations ; l'obligation résultant alors des statuts types qu'elles sont obligées d'adopter. Seuls quatre articles de loi de 1901 (art. 9, 10, 14 et 15) visent l'assemblée générale, non pas pour préciser son rôle et son fonctionnement, mais uniquement pour mentionner son intervention en cas de dévolution des biens lors de la dissolution de l'association.
Les membres sont donc libres d'en fixer les règles de fonctionnement (rôle, missions et compétences).

- **Les organes de direction**

Ces organes sont souvent dénommés en pratique : conseil d'administration, comité directeur, comité exécutif, conseil de gestion, bureaux, …En vertu du principe de la liberté contractuelle, les statuts peuvent déterminer librement ces instances de direction. Toutefois, dans le silence des textes, il est important de bien définir avec précision chaque instance, mais aussi définir sa composition, ses modes de convocation, de désignation de ses membres, de son fonctionnement, de l'étendue de ses compétences, la manière de prendre les décisions, sa relation avec les autres membres de l'association, la communication de ses travaux et de ses délibérations, …

En outre, il est indispensable de préciser le nombre de dirigeants, les modalités de désignation, le mode de révocation, la nature du mandat, la nécessité de la preuve du consentement des dirigeants à accepter leurs missions, les situations personnelles incompatibles avec la direction de l'association que ce soit des personnes physiques ou morales, …

Toujours en raison du silence des textes de 1901 et sauf pour les associations réglementées par des statuts types, il est d'usage de désigner au sein de la structure dirigeante une ou plusieurs personnes qui auront le titre de président ou de vice-président, de trésorier ou de trésorier adjoint, de secrétaire ou de secrétaire adjoint.

A.2. Les différentes formes d'association

Il existe différentes catégories d'associations à savoir :

1. **L'association non déclarée**

L'association de fait est tout simplement une association qui n'est pas déclarée en préfecture. Aucune formalité n'est nécessaire à sa mise en place. En l'absence de déclaration en préfecture et de publication au Journal Officiel, elle ne dispose pas de la personnalité juridique et agit sous la responsabilité personnelle de chacun des membres. Ces derniers n'ont aucune obligation les uns envers les autres, si ce n'est moral. La rédaction de statuts n'est pas obligatoire.

En plus de ne pas pouvoir agir en justice, elle ne peut recevoir ni dons, ni subventions publiques et ne peut employer du personnel ou signer un bail. Elle ne peut en principe acquérir aucun bien. Si toutefois, ce n'est pas le cas, les acquis sont la propriété indivise des membres, de même chacun demeure propriétaire des biens qu'il met à disposition de l'association. Une association de fait ne peut encourir ni responsabilité civile, ni pénale, ce sont les membres qui sont seuls responsables des actions engagées au titre de l'association de fait.

2. L'association déclarée

L'association déclarée régie par la loi du 1er juillet 1901 acquiert la capacité juridique dès lors qu'elle a été rendue publique par ses fondateurs.

L'article 5 de la loi décrit la procédure de déclaration "…toute association qui voudra obtenir la capacité juridique prévue par l'article 6 devra être rendue publique par les soins de ses fondateurs…" Et l'association n'est rendue publique que par une insertion au Journal officiel, sur production du récépissé de déclaration (L. 1er juill. 1901, art. 5 al. 4).

Cette déclaration est à adresser à la préfecture ou à la sous-préfecture du siège social de l'association. Si l'association a son siège social dans l'arrondissement chef-lieu du département, la déclaration est à adresser à la préfecture ; si l'association a son siège à Paris, la déclaration est à adresser à la préfecture de police. Lorsque l'association aura son siège social à l'étranger, la déclaration est faite à la préfecture du département où est situé le siège de son principal établissement (pour les associations ayant leur siège dans une Collectivité d'outre-mer ou en Nouvelle Calédonie, voir l'article 21 bis de la loi du 1er juillet 1901).

La déclaration est établie par ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de la direction où de l'administration de l'association (D. 16 août 1901, art. 1).

Aux termes de l'art. 5, aliéna 2 de la loi du 1er juillet 1901, la déclaration doit comporter les mentions suivantes : le titre de l'association, l'objet, le siège de l'association et ses établissements, les noms, professions, domicile et nationalité des personnes qui à un titre quelconque sont chargées de son administration.

Un récépissé est délivré par l'autorité qui a enregistré la déclaration dans un délai de 5 jours (L. 1er juill. 1901, art. 5, al.).

Le dépôt de la demande de déclaration ne constitue pas une demande d'autorisation, et ce en vertu du principe selon lequel les associations de personnes peuvent se former librement sans autorisation, ni déclaration préalable. (L. 1er juill.1901, art. 2).

L'association est ensuite rendue publique au moyen de l'insertion au Journal Officiel des Associations et Fondations d'Entreprise (JOAFE) d'un extrait contenant la date de la déclaration, le titre et l'objet de l'association, ainsi que l'indication de son siège social.

Lorsqu'elle est déclarée, l'association possède la capacité juridique. L'association aura alors une « personnalité morale ou juridique » propre, distincte de celle de ses membres ; elle pourra ainsi notamment, comme le précise l'article 6 de la loi du 1er juillet 1901 :

- ester en justice (elle peut exercer toute action en justice tant en demande qu'en défense), par exemple si elle a subi un préjudice ;
- recevoir des dons manuels, des subventions de l'État, des régions, des départements ou des communes ;
- percevoir les cotisations de ses membres ;
- posséder et administrer : le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres (à défaut d'en être propriétaire, elle peut évidemment le louer), les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose. Ces dispositions limitent la capacité des associations déclarées à posséder des immeubles.

Toujours selon l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901, les associations déclarées et publiées ont l'obligation légale de faire connaître, par une déclaration modificatrice déposée à la préfecture ou à la sous-préfecture tous les changements survenus dans leur administration ou direction et toutes les modifications apportées à leurs statuts et ce, dans un délai de 3 mois.

Ces modifications et changements ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour où ils auront été déclarés.

3. L'association agréée

L'agrément n'est pas inscrit dans les textes de 1901. Propre à certains ministères, il résulte de textes législatifs et réglementaires plus récents et constitue une forme de relations privilégiées qu'un ministère souhaite entretenir avec telle ou telle association. Certains agréments sont la condition d'accès aux subventions, d'autres augmentent la capacité juridique de l'association (possibilité de se porter partie civile pour les associations agréées par le ministère de l'environnement ou de la consommation par exemple).

Les associations qui sollicitent un agrément doivent, pour l'obtenir, en faire la demande et respecter les critères prévus par les textes applicables.

Plus généralement, dans un souci de simplification des démarches des associations qui sollicitent (ou solliciteraient) plusieurs agréments, les pouvoirs publics ont décidé de mettre en place un « tronc commun » d'agrément comportant les trois critères suivants :

- L'association répond à un objet d'intérêt général,
- L'association a un mode de fonctionnement démocratique,
- L'association respecte la transparence financière.

Ces trois critères sont précisés dans l'annexe IV de la Circulaire du 18 janvier 2010, publiée au Journal officiel du 20 janvier 2010.

La validation par un ministère de ces critères s'imposera à l'ensemble des autres administrations de l'État : une association ayant satisfait à ce socle commun n'aura donc plus à fournir ces éléments d'information, sauf en cas de modification de ceux-ci, lorsqu'elle sollicitera un autre agrément.

4. L'association reconnue d'utilités publique

Cette catégorie d'associations est prévue par l'article 10 de la loi du 1er juillet 1901. L'avantage principal qui en résulte est de pouvoir recevoir des dons et des legs après autorisation. C'est un arrêté préfectoral qui autorise l'acceptation de la libéralité ; toutefois en cas de recours des héritiers, un décret pris en Conseil d'État est nécessaire. En outre, les dons et legs qu'elles reçoivent peuvent être exonérés des droits de mutation à titre gratuit, dans les conditions prévues par l'article 795 du Code général des impôts.

A.3. Le registre spécial

Toute association à l'obligation de tenir un registre spécial sur lequel devront être consignés les changements intervenus dans sa direction et les modifications apportées à ses statuts (L. 1er juill. 1901, art. 5 ; D. 16 août 1901, art 6). Le registre spécial, permettra en tant que de besoin, aux autorités administratives ou judiciaires dès qu'elles en feront la demande, de suivre les événements statutaires et le fonctionnement de cette personne morale (D. 16 Août 1901).

Le registre spécial doit être côté de la première à la dernière page et être paraphé sur chaque feuille par la personne habilitée à représenter l'association. Cette définition exclut le principe des "feuilles volantes" (D. 16 Août 1901, art 31).
Certaines mentions doivent figurer sur ce registre spécial (loi du 1er juillet 1901, art 5 et 7, décret du 16 août 1901, art 3).

Le registre doit être tenu et conservé au siège de l'association (D. 16 Août 1901, art. 6).

Le non-respect de cette formalité peut entraîner des sanctions par l'autorité administrative, pouvant aller jusqu'à la dissolution de l'association (art. 5 al., L 1er juill. 1901).

A.4. Disparition de l'association

La dissolution d'une association intervient sous l'effet de la volonté des membres ou de la contrainte (dissolution de plein droit ou judiciaire ou administrative)

L'association est dissoute de plein droit dans les cas suivants :

- effectif minimum atteint (inférieur au seuil éventuellement fixé par les statuts ou moins de 2 personnes),
- arrivée au terme prévu d'une association à durée déterminée (avec une date fixée à l'avance),
- disparition de la raison d'être de l'association, devenue « sans objet » (avec une échéance non fixée à l'avance).

La dissolution judiciaire intervient sur demande des pouvoirs publics ou à la requête de toute personne y ayant un intérêt légitime notamment quand l'association a un objet illicite, en cas d'infraction pénale.

En cas de dissolution, les sociétaires ne peuvent pas se partager le boni de liquidation.

Une association qui répartirait ses bénéfices entre ses membres serait requalifiée par les tribunaux en société créée de fait avec des conséquences importantes:

- perte de la personnalité juridique ;
- responsabilité des associés de fait à l'égard des tiers du fait des actes accomplis en cette qualité par l'un d'eux ;
- perte du bénéfice des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Ce sont les associés de fait qui sont soumis à la procédure collective.

Le partage de bénéfices a également des conséquences fiscales puisque la gestion de l'association ne serait pas considérée comme désintéressée.

B. Immeubles d'une association

B.1. Généralités – Constitution du patrimoine de l'association

En principe, une association utilise librement ses ressources dans le cadre de son objet.
Les associations ne disposent que de droits patrimoniaux limités, elle ne peut acquérir à titre onéreux, posséder et administrer que certains immeubles à savoir :

- le local destiné à son administration et à la réunion de ses membres ;
- les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose.

Toute acquisition d'un immeuble qui ne serait pas destiné aux usages cités ci-dessus, serait nulle.

Constitution par voie d'apports

La loi de 1901 édicte comme élément essentiel de l'association " la mise en commun d'une façon permanente de connaissances ou d'activités ". Comme exposé ci-dessus la loi de 1901 permet à une association de posséder et d'administrer outre les cotisations de ses membres, le local destiné à sa vie sociale et les immeubles nécessaires à l'accomplissement de ses buts. L'acquisition de ces biens peut être réalisée par voie d'apport, cet apport étant assimilé à un apport en société.

L'apport emporte transfert de propriété du bien. L'apporteur bénéficie d'un droit de reprise en cas de retrait ou de dissolution de l'association.
L'apport présente la particularité de ne pas être rémunéré par des droits sociaux mais par une contrepartie morale.

La fiscalité applicable est identique à celle des apports en société (Cf. Présentation détaillée des Apports

Constitution par voie de dons et legs

La donation et le legs sont des dons gratuits appelés « libéralités ».

La donation est réalisée du vivant du donateur et elle doit faire l'objet d'un acte authentique (c'est-à-dire déposé entre les mains d'un notaire).

Le legs est une transmission testamentaire du patrimoine du défunt réalisé, soit également par acte authentique, soit par simple écrit (testament olographe).

En principe les associations simplement déclarées ne peuvent recevoir de libéralités, une libéralité consentie à une telle association serait alors nulle. Par exception, seules certaines associations peuvent recevoir des dons et des legs : associations reconnues d'utilité publique, associations cultuelles, associations ayant pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale…, unions agréées d'associations familiales, associations soumises au droit local d'Alsace-Lorraine.

Le Conseil d'état a précisé qu'un tel groupement doit poursuivre un but philanthropique et social.

Toutefois tout immeuble donné ou légué à une association ayant la capacité à recevoir des libéralités et qui ne remplirait pas les conditions exposées ci-avant doit être cédé dans un délai que l'administration de tutelle fixe à 3 ans.

La libéralité peut être grevée d'une clause d'inaliénabilité. Il convient de noter que :

- le juges ne peuvent mettre fin à cette inaliénabilité que si l'intérêt qui justifie la clause a disparu ou que si un autre intérêt beaucoup plus important l'exige. Toutefois, lorsque l'exécution de la condition devient pour l'association extrêmement difficile ou sérieusement dommageable, les juges peuvent la réviser, sous certaines conditions (voir ci-dessous). Toute clause par laquelle le disposant priverait l'association de la libéralité si elle met en cause la validité d'une clause d'inaliénabilité ou demande l'autorisation d'aliéner est réputée non écrite.

- la révision peut résulter d'un accord entre la Fondation et son fondateur ou ses ayants droit, ou être demandée en justice. Elle n'est recevable que 10 ans au moins après le décès du fondateur. Les juges peuvent autoriser l'aliénation de tout ou partie de biens grevés d'une telle clause, en ordonnant que le prix soit employé à des fins en rapport avec la volonté du fondateur.

Constitution par voie d'acquisition

- ***Acquisition des immeubles nécessaires au fonctionnement de l'association :***

L'association simplement déclarée peut sans autorisation " acquérir à titre onéreux, posséder et administrer (...) le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres et les immeubles strictement ***nécessaires à l'accomplissement du but*** qu'elle se propose " (Article 6 de la loi de 1901).

Les associations reconnues d'utilité publique possèdent une plus grande capacité juridique, elles peuvent " faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits à leur statuts ", à condition qu'ils soient nécessaires à leur but.

Le Décret du 16 août 1901 prescrit que toute acquisition et toute aliénation par une association doit faire l'objet dans le délai de 3 mois de l'opération d'une déclaration modificative auprès de l'autorité de tutelle.

Une association peut acquérir un bien immobilier appartenant à une commune à un prix inférieur à celui du marché, lorsque l'opération est justifiée par des motifs d'intérêt général et comporte des contreparties suffisantes.

Sur le plan fiscal les dispositions de droit commun s'appliquent sauf exceptions pour certaines associations (713 CGI).

- ***Acquisition par le biais d'une SCI :***

Il est également possible à une association de posséder indirectement des biens immobiliers par le biais d'une société civile immobilière, sous réserve toutefois de ne pas constituer un abus de droit par le détournement des limitations d'appropriation immobilière des associations. En effet une association ne saurait avoir pour objet le partage des bénéfices qu'elle effectue, rien ne lui interdit d'être membre d'une société dont l'objet même est le partage de ses bénéfices. L'essentiel est que ces bénéfices réalisés par la S.C.I. ne soient pas redistribués aux membres de l'association.

Ainsi deux associations peuvent envisager de se réunir au sein d'une SCI, dans l'objectif de constituer un patrimoine commun.

Les associations seront alors détenteurs de parts de la société et non plus propriétaires des biens immobiliers. Les statuts de la S.C.I. pourront déterminer les règles applicables à son fonctionnement (majorité des décisions, mode de gestion des biens,...), ainsi que le mode et les conditions de transmission des parts (clause d'agrément).

- ***Dévolution des biens d'une association existante***

Une association peut recueillir les biens appartenant à une autre association, notamment lorsque celle-ci est dissoute. L'association pourra alors être tenue de respecter certaines obligations quant à la destination des biens.

Pour les associations reconnues d'utilité publique, les statuts ou l'assemblée choisissent unilatéralement le ou les bénéficiaires et en définissent librement le mode, les conditions et notamment le caractère onéreux ou gratuit de la dévolution. Le caractère onéreux ou gratuit de la dévolution est essentiel tant au niveau civil (capacité à recevoir) qu'au niveau fiscal.

Sur le plan civil : S'il ressort que la dévolution constitue une donation, elle ne pourra bénéficier à une association simplement déclarée, au contraire s'il s'avère qu'elle constitue un apport dénué d'intention libérale elle pourra bénéficier à toute association.

Le caractère onéreux peut résulter de la mise à la charge du bénéficiaire d'obligations qui incombaient à l'association dissoute, comme d'obligations nouvelles. Il est donc indispensable que les statuts ou la délibération de l'Assemblée générale soient particulièrement bien rédigés.

Sur le plan fiscal
Voir la fiche traitant des fusions d'associations

S'il s'agit d'un acte à titre onéreux : droit fixe de 375€, en cas d'apport pur et simple et taxation aux droits de vente à hauteur du passif en cas d'apport à titre onéreux.

B.2. Gestion des immeubles - Jouissance

La location de ses biens par l'association est en principe exclue. Ce n'est qu'à titre accessoire qu'une association pourrait par exemple, louer ses biens immobiliers pendant le temps où ils ne lui sont pas nécessaires.

Les baux consentis par les associations seront régis par les textes applicables, suivant les cas, aux baux commerciaux, aux baux d'habitations ou aux baux professionnels.

En effet, il n'existe pas de baux spécifiques aux associations. Le régime juridique applicable à une location d'immeuble dépend donc, le plus souvent, de la liberté contractuelle dans le cadre général des dispositions du Code Civil.

Par ailleurs, une association peut bénéficier de la jouissance d'un immeuble au moyen d'un prêt à usage, réglementé par les articles 1875 et suivants du Code civil. En effet, le prêt à usage (ou " commodat ") correspond mieux que le bail aux caractéristiques des associations.

Une association peut également profiter de l'usufruit d'un logement accordé par convention pour une durée minimale de 15 ans (C.C.H. art.253-1) et maximale de 30 ans (C. civ. Art. 619).

Occupation privative d'un immeuble d'une personne publique
Les modalités de mise à disposition d'une association d'un immeuble appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics, varient selon que ce bien relève du domaine public (immeuble ayant fait l'objet d'un aménagement indispensable à une mission de service public) ou du domaine privé de ces personnes (tout autre immeuble et notamment celui d'usage de bureau).

Les immeubles appartenant au domaine public, c'est-à-dire qui ont fait l'objet d'un aménagement indispensable à une mission de service public, font l'objet d'un encadrement juridique. L'occupation privative nécessite une autorisation (préfet, Président du Conseil Régional, Président du Conseil Général, Maire, selon la collectivité concernée) et le versement d'une redevance ; la convention d'amodiation est strictement personnelle et présente un caractère précaire et révocable.

La gestion des immeubles du domaine privé de ces organismes est libre.

B.3. Aliénation des biens immobiliers

Les associations peuvent vendre les biens immobiliers leur appartenant et cela peut parfois même être obligatoire, lorsque ceux-ci ne remplissent plus les conditions d'affectations imposées aux associations.

Lorsqu'une association a besoin de recourir à un emprunt pour financer ses investissements, elle peut être amenée à hypothéquer certains de ses immeubles. Une autorisation spéciale sera nécessaire pour les associations reconnues d'utilité publique.

La constitution de l'hypothèque devra se faire par acte notarié et la procuration sous seing privé n'étant pas possible, contrairement aux sociétés, la délibération devra également être authentique.

1.2.2.2.2 Le régime fiscal

Les associations ne réalisant pas d'opérations lucratives ne sont soumises à l'impôt sur les sociétés qu'a raison des revenus tirés de la gestion de leur patrimoine.

Opérations lucratives

Les critères pris en compte par l'administration fiscale pour apprécier le caractère lucratif sont les suivants :

- La gestion de l'association est-elle désintéressée ? C'est le cas si l'activité des dirigeants est exercée à titre bénévole. Dans le cas contraire, l'association peut être imposable ;
- Si la gestion est désintéressée, l'association concurrence-t-elle le secteur commercial ? Lorsque ce n'est pas le cas, l'association n'est pas imposable ;
- Si elle concurrence le secteur commercial, l'association exerce-t-elle son activité selon des modalités de gestion similaires à celles des entreprises commerciales ?
  Pour apprécier cela, les services fiscaux doivent étudier par ordre d'importance : le "produit" proposé par l'association, le "public" visé, les "prix" qu'elle pratique et la "publicité" qu'elle effectue (règle des "4 P"). L'examen de ces indices permet de vérifier si l'association cherche à se placer sur le marché comme n'importe quelle autre entreprise.

Les associations sans but lucratif dont les recettes commerciales accessoires n'excèdent pas 60 000 euros par an, sont exonérées d'impôts commerciaux (impôt sur les sociétés, contribution économique territoriale et TVA).

Au-delà, la réalisation d'opérations lucratives accessoires peut remettre en cause le caractère non lucratif de l'association. Pour éviter une requalification, l'association peut :

- soit scinder ses activités en deux secteurs,
- soit filialiser son activité lucrative dans une structure commerciale.

Opérations non lucratives

Les organismes sans but lucratif ne sont pas redevables de l'impôt sur les sociétés de droit commun.
Ils ne sont redevables que de l'IS aux taux réduits de 24, 15 ou 10 % sur leurs seuls revenus patrimoniaux : revenus fonciers, bénéfices agricoles et revenus de capitaux mobiliers.

1.2.2.2.3 Les modalités de contrôle

Les associations sont soumises au contrôle qu'exercent leurs adhérents soit directement soit le cas échéant via la nomination d'un commissaire aux comptes, lorsque la nomination de ce dernier est obligatoire en vertu des textes.

En principe, en vertu du principe de la liberté d'association, une association n'est pas soumise au contrôle des pouvoirs publics. Par dérogation, une disposition législative peut instituer un tel contrôle et notamment pour :

- les associations qui réalisent leur activité à l'aide de subventions publiques ou bénéficient d'une garantie d'emprunt accordée par la collectivité territoriale ; elles sont soumises au contrôle financier externe des chambres régionales des comptes et au contrôle des pouvoirs publics) ;
- les associations bénéficiant d'un régime juridique favorable (association agrée, association reconnue d'utilité publique).

1.2.2.2.4 L'association reconnue d'utilité publique

Ce label ne concerne qu'une minorité d'associations qui remplissent une mission d'intérêt général au niveau national. L'association reconnue d'utilité publique dispose d'une capacité juridique et de sources de financement plus larges qu'une association simplement déclarée.

Pour y prétendre, l'association doit respecter un certain nombre de conditions, notamment :

- avoir un but d'intérêt général ;
- le rayonnement de l'association doit excéder le cadre local ;
- avoir 200 membres au moins ;
- disposer de ressources financières importantes (le budget annuel doit être au moins de 48.000 €) ;
- le budget des trois derniers exercices doit être équilibré ;
- exister depuis au moins trois ans ;
- adopter des statuts types ;
- se soumettre à un contrôle des pouvoirs publics.

La reconnaissance d'utilité publique n'est pas accordée automatiquement.

Les associations qui sollicitent la reconnaissance d'utilité publique (RUP) doivent avoir rempli au préalable les formalités imposées aux associations déclarées.

La demande en reconnaissance d'utilité publique est signée de toutes les personnes déléguées à cet effet par l'assemblée générale (D. du 16 Août 1901, art. 9).

Cette reconnaissance est accordée sous la forme d'un décret du Ministère de l'Intérieur, après avis du Conseil d'État.

L'association doit avoir fonctionné pendant trois ans ; toutefois, cette période probatoire de fonctionnement de 3 ans n'est pas exigée si les ressources prévisibles sur un délai de trois ans de l'association demandant cette reconnaissance sont de nature à assurer son équilibre financier.

Les statuts de l'association doivent obligatoirement comporter les mentions prévues par l'article 11 du décret du 16 août 1901.

Lors du dépôt de la demande un récépissé est remis par l'autorité administrative, daté et signé, avec l'indication des pièces jointes

L'Association reconnue d'utilité publique est de ce fait habilitée à recevoir des dons et legs et peut faire bénéficier d'importants avantages fiscaux à ses donateurs (Exonération des droits de mutation à titre gratuit). En contrepartie de ces avantages, elle a des obligations plus étroites, étant soumises à un contrôle strict des autorités administratives. L'acceptation de ces libéralités est subordonnée à une autorisation préfectorale. Les immeubles compris dans un acte de donation ou dans un testament, qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement de l'association doivent être vendus dans un délai de trois ans.

1.2.2.2.5 Les points d'attention particuliers

1. L'association permet une très grande souplesse tant en ce qui concerne sa constitution que sa gestion

2. Toute personne physique ou morale peut fonder et devenir membre d'une association

3. Si elles sont déclarées, elles peuvent percevoir des subventions de l'Etat et des collectivités locales

4. La capacité juridique d'une association est dite « réduite » par rapport à la pleine capacité juridique des sociétés commerciales. A ce titre, elle ne peut :
   -s'inscrire à la chambre des métiers ou à la chambre du commerce;
   -obtenir un bail commercial, sauf exception;
   -répartir ses biens et bénéfices entre ses membres et dirigeants.

5. En cas de dissolution, elle doit transmettre ses biens et son actif à une autre personne (morale ou physique) en vertu de l'interdiction de les répartir entre les membres ou personnes ayant un lien avec ceux-ci

6. En cas de réalisation de bénéfices, ce qui est nécessaire pour assurer la pérennité de l'entité, il ne peut y avoir de partage des bénéfices

7. N'étant pas une société commerciale dotée d'un capital social, elle peut rencontrer des difficultés pour assurer le financement et/ou la pérennité des opérations de maîtrise d'ouvrage

8. En principe, les associations ne sont soumises ni au code des marchés publics, ni à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. Toutefois, les associations (y compris celles reconnues d'utilité publique) qui ont été agréées « maîtrise d'ouvrage » sont soumises aux dispositions de l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005.

1.2.2.3 La fondation d'utilité publique

La Fondation est un acte par lequel une ou plusieurs personnes juridiques décident d'affecter irrévocablement des biens, des droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif (Loi 87-571 du 23/07/1987).

La Fondation est donc une libéralité, faite sous condition, à une personne morale préexistante ou à une personne morale à créer.

La Fondation résulte de l'affectation irrévocable de biens, de droits ou de ressources (alors que l'association est un groupement de personnes).

Il existe différents types de fondations :

- **les fondations sans personnalité morale** : dite « fondations abritées » ou « sous égide » : elles désignent les fondations qui n'ont pas d'autonomie juridique propre et qui sont abritées par une autre fondation ou un établissement public. A la différence des fondations ayant une personnalité morale qui leur est propre, les fondations sans personnalité morale n'ont pas un patrimoine juridiquement autonome. Leur patrimoine s'intègre dans celui de la fondation ou de l'établissement qui les abritent aussi ces derniers sont réputés en être les gestionnaires. Néanmoins ce patrimoine bénéficie d'une gestion financière et comptable distincte de celui de la fondation ou de l'établissement public qui l'abrite.

  Les fondations « abritantes » (pour la plupart des fondations reconnues d'utilité publique) peuvent proposer une gestion patrimoniale collective ou un dispositif de gestion individualisée. Ce choix est fixé de manière contractuelle entre la fondation abritante et la fondation abritée.

- **Les fondations personne morale :** la fondation peut être une personne morale créée pour réaliser l'œuvre pour laquelle un ou des fondateurs ont affecté des biens, droits ou ressources ; sa personnalité juridique résulte soit d'une décision discrétionnaire du Gouvernement (fondation d'utilité publique, fondation de coopération scientifique), soit d'une autorisation du préfet (fondation d'entreprise, ou fondation partenariale (loi 87-571 art.18).

- **Les fondations à statut particulier** comme la Fondation du Patrimoine

Seule la fondation reconnue d'utilité publique sera détaillée dans le présent guide.

1.2.2.3.1 Le régime juridique

Textes applicables :
Loi du 23 juillet 1987

A. Principales caractéristiques de la Fondation reconnue d'utilité publique

La Fondation reconnue d'utilité publique est une personne morale créée par décret, financée par des biens, droits ou ressources affectés, et gérés par un conseil statutaire ; il s'agit d'une personne morale de droit privé dont le fonctionnement relève du droit privé.

Il n'y a pas de nombre minimal ou maximal de fondateurs. Les fondateurs personnes physiques doivent avoir la capacité d'effectuer une libéralité avec charge

Une ou plusieurs personnes morales peuvent constituer une fondation, soit en effectuant une donation, sans pour autant disparaître, soit en se dissolvant pour lui transférer tous ses biens.

Une fondation peut être constituée par des personnes morales de droit privé, si cet acte peut être utile pour la réalisation de leur objet, en vertu du principe de spécialité et est conforme à l'intérêt social des fondateurs, à défaut cela pourrait être qualifié d'abus de bien social entraînant la responsabilité civile et pénale des dirigeants des sociétés concernées.

Une personne morale de droit public peut également participer à la création d'une fondation, si celle-ci concourt à la réalisation de sa spécialité. Toutefois, la fondation ne pourra être reconnue d'utilité publique dès lors que sa dotation est majoritairement constituée de fonds publics.

Affectation d'un patrimoine

Les biens et les ressources affectés à la Fondation constituent ce qu'il est convenu d'appeler sa dotation. Cette dernière est, en principe, intangible et génère des revenus permettant l'accomplissement de l'objet de la Fondation (fondation à durée illimitée) ; par dérogation, elle peut être en partie consomptible et se réduire au fur et à mesure de son utilisation pour réaliser la mission de la Fondation (fondation à dotation consomptible).

Les biens affectés peuvent être de différente nature, des biens meubles, des immeubles ou droits immobiliers (droit d'occupation, bail emphytéotique), ou encore des droits sociaux.

Les biens peuvent être affectés directement, lorsque les fondateurs décident d'une donation entre vifs ou un legs ou indirectement, lorsqu'un fondateur décide de léguer à une personne, certains biens, à charge pour elle de créer une fondation et de la faire connaître.

Comme toutes libéralités, celles qui permettent de constituer la dotation initiale d'une fondation doivent être déclarées à l'autorité administrative qui peut s'opposer à leur acceptation.

Le patrimoine affecté à une fondation à durée illimitée constitue une dotation intangible, qui doit être suffisante pour assurer à la fondation des revenus suffisants pour lui permettre d'une part de remplir durablement son objet, compte tenu des autres ressources qu'elle dispose (versements effectués par les fondateurs) et d'avoir une activité lui donnant une importance et un rayonnement justifiant sa reconnaissance d'utilité publique.

Les biens constituant la dotation doivent être irrévocablement affectés à la réalisation de l'objet social de la fondation. Les fondateurs peuvent grever les biens d'une charge ou d'une condition, telle une clause d'inaliénabilité.

Les statuts peuvent prévoir au contraire que les biens constituant la dotation sont aliénables, sur décision de l'organe décisionnel (Conseil d'administration ou Conseil de surveillance, après approbation administrative, pour permettre l'accomplissement de son objet.

Œuvre d'intérêt général et à but non lucratif

Est d'intérêt général tout ce qui est utile à la collectivité à une période donnée.

Il est par ailleurs, interdit aux fondateurs de partager les excédents. En cas de dissolution, le boni de liquidation ne peut être attribué qu'à des établissements analogues.

Reconnaissance d'utilité publique

L'utilité publique est la conséquence d'une décision discrétionnaire de la puissance publique, accordée par décret.

Une Fondation ne jouit de la capacité juridique qu'après parution du décret en Conseil d'Etat lui accordant sa reconnaissance d'utilité publique.

Statuts de la fondation

Le projet de statut peut être rédigé par acte sous seing privé. Il doit comporter :
- les biens, droits et ressources affectés,
- son objet ;
- les attributions des organes de gestion et nommer les premiers membres ;
- les règles de modifications des statuts ;
- les conséquences d'une dissolution éventuelle.

Pour le reste il est renvoyé à règlement intérieur.

B. Fonctionnement de la Fondation reconnue d'utilité publique

Il existe deux modes de gestion : la Fondation à conseil d'administration et la Fondation à directoire et conseil de surveillance.

Dans le premier cas :
- le nombre de membres du conseil se situe entre 7 et 12 ;
- la répartition des membres ne doit pas donner le contrôle de la Fondation à ses seuls fondateurs, à la puissance publique, aux élus locaux, aux salariés de la Fondation ;
- trois collèges sont ainsi obligatoires (le collège des fondateurs, le collège des membres de droit – en l'absence de commissaire du gouvernement – et le collège des personnalités qualifiées) ;
- le conseil se réunit au moins une fois tous les six mois ;
- les statuts déterminent librement les pouvoirs du conseil d'administration ;
- les fonctions de membres du conseil sont en principe gratuites ;
- le régime des conventions réglementées peut s'appliquer pour les Fondations ayant une activité économique ;
- un Bureau est désigné au sein des membres du conseil : un président, au moins un vice-président, un trésorier et un secrétaire.

Dans le second cas :
- les fonctions de membres du directoire et du conseil de surveillance ne peuvent pas se cumuler ;
- le directoire est un organe collégial constitué, de préférence, de une à cinq personnes, nommées par le conseil de surveillance ;
- le directoire se réunit de préférence, au moins une fois par mois ;
- les dispositions applicables aux membres du conseil d'administration sont purement et simplement transposables aux membres du conseil de surveillance.

Une Fondation reconnue d'utilité publique est soumise à une tutelle administrative.

1.2.2.3.2 Le régime fiscal

Ces Fondations ne sont pas dotées d'un régime fiscal particulier.

Le seul avantage fiscal spécifique accordé est une exonération d'impôt sur les sociétés sur les revenus tirés de leur patrimoine.

Pour le surplus, elles bénéficient du régime fiscal applicable à l'ensemble des associations sans but lucratif. En matière comptable, ces Fondations sont tenues d'appliquer les principes comptables du Code de commerce ; elles sont expressément visées par les dispositions relatives à la comptabilité des associations (Règlement n°99-01 du 16 février 1999 du CRC).

1.2.2.3.3 Les modalités de contrôle

Toutes les fondations sont tenues de nommer au moins un Commissaire aux Comptes.
Les fondations reconnues d'utilité publique sont soumises à une tutelle administrative et à une surveillance du gouvernement, cette surveillance relève principalement du ministre de l'intérieur mais éventuellement des autres ministres intéressés.

En outre, elles font l'objet d'un contrôle de la Cour des Comptes sur les fondations faisant appel à la générosité publique ou bénéficiant du concours financier de l'Etat, ou bénéficiant de dons ouvrant droit à avantage fiscal. La Cour des Comptes peut vérifier la conformité entre les objectifs poursuivis et les dépenses financées.

1.2.2.3.4 Les points d'attention particuliers

1. La fondation se distingue de l'association par le fait qu'elle ne résulte pas du concours de volonté de plusieurs personnes pour œuvrer ensemble, mais de l'engagement financier et irrévocable des créateurs de la fondation, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises

2. La capacité juridique des fondations reconnue d'utilité publique ne diffère pas notablement de celle des associations reconnue d'utilité publique en termes de ressources ; en revanche elle est élargie et plus attractive au plan patrimonial et au niveau de la gestion :
   - Les fondations reconnue d'utilité publique peuvent en effet posséder tout type de biens, notamment des immeubles de rapport (i.e. non nécessaires à la réalisation de leur objet social), et placer librement leurs capitaux mobiliers disponibles
   - Elle a une capacité étendue ou pleine capacité juridique lui permettant d'administrer son patrimoine, y compris des biens immobiliers de rapport ou des parts de société pour lesquelles elle exerce son droit de vote, de recevoir dons et legs, subventions et mécénat. Elle pourra même, le cas échéant, mener des activités lucratives sous conditions
   - Elle peut recevoir des libéralités

3. Elles doivent établir et publier des comptes annuels, un rapport moral et nommer au moins un commissaire aux comptes

4. En principe, les fondations ne sont soumises ni au code des marchés publics, ni à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. Toutefois, les fondations (y compris celles reconnues d'utilité publique) qui ont été agréées « maîtrise d'ouvrage » sont soumises aux dispositions de l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005.

1.2.2.4 La société anonyme

1.2.2.4.1 Le régime juridique

Textes applicables :
La société anonyme est régie par les articles L. 225-1à L. 225-257 ; L.242-1à L.242-30 du Code de commerce.

La société anonyme s'impose pour les grandes entreprises dont les besoins en capitaux ne peuvent être assurés par un cercle restreint de personnes.

A. Principales caractéristiques

Constitution
La SA doit être constituée de 7 actionnaires minimum. Il n'existe pas de maximum. Il peut s'agir de personnes physiques ou morales

Un capital minimum de 37 000 euros doit être constitué.

Les apports en numéraire doivent être libérés pour moitié au moins à la constitution de la société, le solde devant être versé dans les 5 ans (soit un montant libéré au jour de la création de 18 500 euros minimum).

Les apports en industrie sont exclus.

La responsabilité des actionnaires est limitée aux apports.

Fonctionnement
Les pouvoirs des actionnaires, du conseil d'administration, du conseil de surveillance, du directoire, du président, ou du directeur général, sont déterminés par la loi et les statuts.

Administration
La SA peut être organisée selon deux modes :
- le mode moniste SA dotée d'un conseil d'administration;
- le mode dualiste : SA dotée d'un directoire et conseil de surveillance.

SA à Conseil d'administration
Dans une SA à conseil d'administration, la direction se décompose ainsi : Le conseil d'administration, le président du conseil d'administration et le directeur général. Dans cette forme le pouvoir est partagé entre le conseil d'administration et la direction générale

Le conseil d'administration est un organe collégial, ce qui signifie que, pris individuellement, les administrateurs ne détiennent aucun pouvoir.

Le conseil d'administration est composé d'administrateurs qui peuvent être des personnes physiques ou morales. Le conseil d'administration est composé de 3 à 18 membres.
Il convient également de préciser que dans le cas où il existe des administrateurs salariés, ceux-ci ne sont pas pris en compte pour déterminer si le nombre d'administrateur respecte les limites fixées par la loi.

Depuis la LME du 4 août 2008, il n'est plus obligatoire d'avoir la qualité d'actionnaire pour être nommé administrateur, les statuts peuvent néanmoins imposer un nombre d'actions minimum pour pouvoir être nommé administrateur.

Toute personne (physique ou morale) peut être nommée administrateur, la personne morale devant alors nommer un représentant permanent pour occuper le poste.

Dans une SA, un administrateur ne peut en aucun cas devenir salarié. A contrario, un salarié peut devenir administrateur sous certaines conditions

Enfin, **toute personne physique ne peut pas exercer, simultanément, plus de 5 mandats** d'administrateur, de membre du conseil de surveillance, de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique dans des sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français.

Les premiers **administrateurs de SA sont nommés dans les statuts pour une durée de 3 ans maximum.** Ensuite, ceux-ci sont désignés par l'assemblée générale ordinaire, et la durée de leur mandat ne peut pas excéder **6 ans.**

Sauf disposition contraire des statuts, le vote au sein du conseil d'administration se fait par tête, chaque administrateur présent ou représenté dispose d'une voix. Les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés (sauf clause statutaire exigeant une majorité plus importante). Dans le silence des statuts, la voix du président est prépondérante en cas de partage des voix. Les délibérations sont constatées dans des procès-verbaux établis sur un registre spécial.

Le conseil d'administration fixe les orientations de l'activité de la société. Il vérifie leur mise en œuvre.

Les principaux pouvoirs qui lui sont attribués sont entre autres : Etablissement des comptes sociaux et du rapport de gestion, convocation des assemblées générales, nomination et révocation du président, du directeur générale (ainsi que des éventuels directeurs généraux délégués), autorisation des conventions passées entre la SA et l'un de ses actionnaires ou dirigeants possédant plus de 10% du capital.

Ce conseil élit son président parmi les membres personnes physiques du conseil d'administration.

Le président du conseil d'administration est chargé d'organiser et de diriger les travaux du conseil d'administration, il veille au bon fonctionnement des organes sociaux et vérifie que les administrateurs sont en mesure d'accomplir leur mission. C'est également ce dernier qui est chargé de convoquer, de présider et de diriger le conseil, et de veiller à ce que les administrateurs disposent des informations nécessaires.

La direction de la société est dévolue au directeur général qui est investi du pouvoir de représenter la société vis à vis des tiers. Le directeur général est le représentant légal de la société et il détient le pouvoir exécutif. Ces pouvoirs sont limités par l'objet social et par ceux attribués aux organes sociaux.

Il est nommé par le conseil d'administration et doit obligatoirement être une personne physique.

Les fonctions de président et de directeur général sont distinctes. Elles peuvent être regroupées et assumées par une seule et même personne.
Pour le cas où les fonctions sont dissociées, c'est le directeur général qui a le pouvoir de représentation de la société. Des directeurs généraux délégués peuvent être désignés : ils ont les mêmes pouvoirs que le directeur général lui-même.

SA à Directoire et Conseil de surveillance

Dans ce mode de structure, la gestion repose sur une séparation des fonctions de gestion (dévolues au Directoire) et de contrôle (dévolues au Conseil de surveillance).

Le Conseil de surveillance est l'émanation directe des associés. Il surveille et oriente la gestion mais il ne l'exerce et ne l'élabore pas. C'est le Directoire qui assume normalement ces fonctions. Aucun membre du Conseil de surveillance ne peut faire partie aussi du Directoire.

Le Conseil de surveillance nomme et contrôle le directoire. Il exerce un contrôle permanent sur sa gestion. Il rappelle, par de nombreuses dispositions concernant son fonctionnement, le conseil d'administration. Le Conseil de surveillance est composé de 3 à 18 membres nommés par l'Assemblée générale constitutive et désignés dans les statuts pour les premiers et l'assemblée générale ordinaire pour les suivants. (Art L.225-69, L.225-75 et L.225-16 du Code de commerce).

Les membres du Conseil de surveillance sont obligatoirement des actionnaires. (Art L.225-72 du Code de commerce).

Le Conseil de surveillance élit en son sein un Président et un Vice-président.
Les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés et la voix du Président est prépondérante en cas de partage.

Le directoire est un organe collégial de décision dont les membres, personnes physiques obligatoirement, actionnaires ou non, sont choisis en dehors du conseil de surveillance. Il assure le fonctionnement régulier de la société qu'il représente et engage. (Art L.225-64 du Code de commerce)

Le Directoire est composé de 5 membres maximum nommés par le Conseil de surveillance (Art L.225-58 et L.225-59 du Code de commerce). Il peut y avoir un membre unique. (Art L.225-59 du Code de commerce)

Assemblée générale

Les actionnaires participent aux assemblées d'actionnaires. L'assemblée générale est l'organe souverain de la société et prend à ce titre les décisions les plus importantes : approbation des comptes sociaux, affectation des résultats, modifications des statuts, augmentation ou réduction du capital social, dissolution. Elle statue à la majorité des voix des présents ou représentés.
Pour prendre une décision, les actionnaires présents ou représentés doivent posséder au moins le 1/5 des actions.

L'assemblée générale extraordinaire statuant à la majorité des deux tiers des actionnaires présents ou représentés, décide de la modification des statuts. Elle peut modifier notamment : l'objet social, la forme sociale, la dénomination sociale, le mode de gestion de la société, la participation à une opération de fusion, la nationalité de la société.

L'assemblée générale ordinaire statuant à la majorité simple est compétente pour toutes les autres décisions que celles entraînant une modification des statuts. Elle est chargée, notamment, de : l'approbation des comptes, l'examen des conventions conclues par la société, la nomination, la révocation des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Pour prendre une décision, les actionnaires présents ou représentés doivent posséder au moins le 1/4 des actions lors de la 1ère convocation de l'AGE. A défaut, la seconde AGE doit se tenir dans un délai maximum de 2 mois et les actionnaires présents ou représentés doivent posséder au moins le 1/5 des actions.

1.2.2.4.2 Le régime fiscal

Impôt sur les Sociétés

La SA est imposée de droit à l'impôt sur les sociétés.

Droits d'enregistrement

Cessions d'actions de sociétés à prépondérance immobilière (i.e. sociétés dont la valeur brute des actifs immobiliers représente, à la date de la cession, ou au cours de l'année précédente plus de la moitié de la valeur totale des actifs :

- Taux fixe de de 5 %

Nota : les organismes HLM et les Sociétés d'Economie Mixte intervenant dans le cadre du logement social ne sont pas considérées comme étant à prépondérance immobilière

Autres cessions d'actions :
Application du barème dégressif suivant :
- 3 % pour la fraction d'assiette inférieure à 200 000 € ;
- 0,5 % pour la fraction d'assiette comprise entre 200 000 € et 500 M € ;
- 0,25 % pour la fraction d'assiette excédant 500 M €.

A partir du 1er Août 2012 le barème est remplacé par une taxation proportionnelle de 0,1 %

1.2.2.4.3 Les modalités de contrôle

La Société anonyme est soumise au contrôle d'un commissaire aux comptes dont la nomination est obligatoire.

1.2.2.4.4 Les points d'attention particuliers

1. La constitution d'une SA société requiert au minimum la réunion de 7 actionnaires
2. le capital minimum est fixé à 37 000 €
3. Il est possible si le capital est supérieur à 225.000 euros, de faire appel public à l'épargne
4. Les modalités de constitution et de fonctionnement exigent un certain formalisme
5. La SA doit désigner un commissaire aux comptes
6. La SA permet de réunir d'importants capitaux et assure une certaine crédibilité vis à vis des partenaires (banquiers, clients, fournisseurs). En outre, sa structure évolutive facilite le partenariat
7. Le patrimoine des associés ne répond pas des dettes de la société
8. Les dirigeants peuvent bénéficier du statut de salarié sur le plan social et fiscal
9. En principe, les SA ne sont soumises ni au code des marchés publics, ni à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. Toutefois, les SA qui ont été agréées « maîtrise d'ouvrage » sont soumises aux dispositions de l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005.

1.2.2.5 La société par actions simplifiée

1.2.2.5.1 Le régime juridique

Textes applicables :
La société par actions simplifiée est régie par les dispositions des articles L. 227-1 à L.227-20 et L. 244-1à L.244-4 du Code de commerce. En outre, comme toute société commerciale, elle est soumise aux règles générales des articles 1832 à 1844-17 du Code de civil et aux dispositions communes à toutes les sociétés commerciales figurant dans le livre II du Code de commerce (art. L.210-1 à L.210-9 et L.232-1à L.237-31 du Code de commerce.

Par ailleurs, s'agissant d'une société par actions, elle est soumise aux dispositions générales visant ces sociétés et aux règles concernant les valeurs mobilières.

Enfin, l'article L.227-1 précité dispose que dans la mesure où elles sont compatibles avec les textes propres à la SAS, les règles des sociétés anonymes lui sont applicables à l'exception de celles visant, d'une part, la direction et l'administration de la société, d'autre part, les assemblées d'actionnaires ainsi que les dispositions relatives à la transformation de la société.

A. Principales caractéristiques

La SAS trouve ses origines dans le régime des sociétés anonymes puisqu'elle est constituée, dissoute, liquidée selon les mêmes règles et que les mêmes obligations comptables s'imposent à elle, elle s'en distingue par deux points essentiels : d'une part son organisation et son fonctionnement relèvent des Statuts, c'est-à-dire de la seule volonté des associés ; d'autre part ces derniers peuvent dans une large mesure, aménager comme ils l'entendent leur entrée et leur sortie. En outre, elle est marquée par un fort intuitu personae des associés.

La SAS présente l'avantage de faciliter la coopération entre les groupes de sociétés, en raison de la grande liberté laissée aux associés dans l'organisation et le fonctionnement de la société.

Bien que ne pouvant faire appel public à l'épargne, elle a la possibilité d'émettre des obligations ou des valeurs mobilières composées (SICAV ou FCP).

Constitution

Nombre d'associés
Le nombre des associés ne doit pas nécessairement s'établir à sept comme dans les SA. Dans les SAS pluripersonnelles il suffit de deux associés. Il est même possible de créer une société par actions simplifiée avec un associé unique (SASU).

Les associés peuvent être des personnes physiques ou morales y compris des groupements comme les GIE ou des associations, des sociétés civiles, des sociétés commerciales, SARL, SA, etc….

Capital
Depuis le 1er janvier 2009, l'exigence d'un capital minimum est supprimée dans les SAS. Il est en conséquence librement fixé par les statuts (loi n°2008-776 du 4 août 2008 article 59 II). Il doit être intégralement souscrit mais peut n'être libéré qu'à hauteur de la moitié en une ou plusieurs fois dans un délai de cinq ans.

(Attention, les associés continuent à être tenus par leur engagement de libérer totalement leur apport et même après la cession des actions pendant deux ans. Il en est ainsi même en cas de redressement ou liquidation judiciaire.)

Les apports en nature doivent être évalués par un commissaire aux apports.

Depuis le 1er janvier 2009, les associés de la SAS peuvent effectuer des apports en industrie et recevoir en contrepartie des actions inaliénables. Les statuts fixeront librement les modalités de souscription et de répartition des actions ainsi que le délai au terme duquel ces actions seront évaluées par un ou plusieurs commissaires aux apports dans les conditions de l'article L225-8 du Code de Commerce.

Les apports en industrie ne sont pas pris en compte pour la formation du capital social mais les actions reçues en contrepartie permettent de voter et de prendre part aux décisions collectives.

Fonctionnement

Hormis quelques dispositions impératives, les statuts peuvent organiser le fonctionnement de la SAS avec une grande souplesse.

En effet, les statuts déterminent librement les formes et les conditions dans lesquelles sont prises la plupart des décisions collectives (les décisions peuvent être prises en assemblée ou par correspondance ou par l'établissement d'un acte signé par tous les associés, etc…).

Ils déterminent également à quelles conditions de quorum et de majorité sont prises les décisions collectives (unanimité, majorité simple, majorité absolue).

Sont cependant obligatoirement soumises à l'unanimité, les décisions relatives à l'adoption ou la modification en cours de vie sociale des clauses statutaires suivantes :

- l'inaliénabilité des actions (art. L.227-19 du code de commerce) ;
- l'agrément des cessions d'actions (art. L.227-19 du code de commerce) ;
- la suspension du droit de vote (art. L 227-19 du code de commerce) ;
- l'exclusion d'un associé (art. L.227-19 du code de commerce) ;
- la transformation d'une société préexistante en SAS (art. L.227-3 du code de commerce) ;
- l'augmentation des engagements de tous les associés (art. 1836 du code civil) ;
- le transfert du siège social à l'étranger (art. L 227-1 du code de commerce : par envoi aux dispositions applicables aux SA).

Les décisions qui seraient prises en violation des dispositions légales ou statutaires relatives aux conditions de validité des décisions collectives, peuvent être annulées à la demande de tout intéressé.

Direction

Le seul organe directorial obligatoire est le président qui peut bénéficier d'un contrat de travail antérieur ou postérieur à sa nomination. Même s'il possède 99 % des actions de la société ou s'il en est l'associé unique, il bénéficie du régime fiscal et social des salariés.

Dans les sociétés pluri-personnelles, l'assemblée générale des associés fixe tous les ans la rémunération du président. Celle-ci doit figurer au procès-verbal.

Un conseil d'administration n'est pas obligatoire comme dans les S.A. Cependant les associés sont libres de prévoir l'existence d'une direction collégiale dans les Statuts.

Associés

Un autre avantage de la SAS consiste en la possibilité pour la société de décider de l'exclusion d'un associé. Par ailleurs, les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles un associé peut se retirer de la société, cette dernière devant alors lui racheter ses actions.
Il est possible aussi, pour assurer une certaine stabilité à la société, d'insérer dans les statuts une clause d'inaliénabilité des actions, ceci pour une durée maximum de dix ans.

Par ailleurs, il n'y a pas obligatoirement proportionnalité du droit de vote des actionnaires au capital détenu.

1.2.2.5.2 Le régime fiscal

Identique à celui de la SA

1.2.2.5.3 Les modalités de contrôle

Depuis le 1er janvier 2009, la désignation d'un commissaire aux comptes dans les SAS n'est obligatoire que si l'une des conditions suivantes est remplie :

- la SAS dépasse à la clôture de l'exercice deux des seuils suivants : total du bilan supérieur à 1 million d'euros, chiffre d'affaires HT supérieur à 2 millions d'euros, et/ou nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice dépassant 20 salariés ;
- la SAS contrôle ou est contrôlée par une ou plusieurs sociétés ;
- un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital demandent en référé au président du tribunal de commerce la nomination d'un commissaire aux comptes.

1.2.2.5.4 Les points d'attention particuliers

1. Une très grande liberté est laissée aux associés pour organiser son fonctionnement. Bien que la SAS trouve ses origines dans le régime des sociétés anonymes, puisqu'elle est constituée, dissoute, liquidée selon les mêmes règles et que les mêmes obligations comptables s'imposent à elle, elle s'en distingue par deux points essentiels : d'une part son organisation et son fonctionnement relèvent des Statuts, c'est-à-dire de la seule volonté des associés ; d'autre part ces derniers peuvent dans une large mesure, aménager comme ils l'entendent leur entrée et leur sortie. De ce fait, il est nécessaire d'être particulièrement rigoureux dans la rédaction des statuts, afin d'éviter toutes difficultés d'interprétation ou vide juridique qui ne serait pas suppléé par les dispositions du Code de commerce relatives aux SA

2. Elle est marquée par un fort intuitu personae des associés

3. Aucun capital minimum n'est exigé, néanmoins, il convient de l'adapter en fonction de l'activité envisagée et des besoins de financement requis. Si le montant du capital social n'est pas cohérent avec les exigences économiques du projet, la responsabilité personnelle du gérant et/ou des associés fondateurs peut être engagée

4. La SAS peut être constituée avec un seul associé

5. Les apports en industrie sont autorisés

6. Bien que ne pouvant faire appel public à l'épargne, elle a la possibilité d'émettre des obligations ou des valeurs mobilières composées (SICAV ou FCP)

7. Seules les sociétés dépassant certains seuils fixés par décret doivent nommer un commissaire aux comptes pour faire certifier leurs comptes annuels

8. En principe, les SAS ne sont soumises ni au code des marchés publics, ni à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. Toutefois, les SAS qui ont été agréées « maîtrise d'ouvrage » sont soumises aux dispositions de l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005.

1.2.2.6 La société à responsabilité limitée

1.2.2.6.1 Le régime juridique

Textes applicables :
La Société à responsabilité limitée est régie par les articles L223-1 à L223-43 du Code de commerce

A. Principales caractéristiques

Constitution

La SARL est une société pluri-personnelle se composant au moins de deux associés étant capables civilement (sauf EURL – 1 associé).

Depuis la loi Dutreil de 2003, le montant du capital social est librement fixé par les associés en fonction de la taille, de l'activité, et des besoins en capitaux de la société.

Toutefois, si le montant du capital social n'est pas cohérent avec les exigences économiques du projet, la responsabilité personnelle du gérant et/ou des associés fondateurs peut être engagée.

Les apports peuvent être réalisés en numéraire ou en nature.

Les apports en numéraire doivent être libérés d'au moins un cinquième de leur montant au moment de la constitution de la société. Le solde doit impérativement être libéré dans les 5 ans.

A noter que les associés sont responsables des dettes de la société à hauteur du capital souscrit, même si le capital social n'est libéré que pour partie lors de la constitution.

Les apports en industrie sont autorisés. Ils n'entrent toutefois pas dans la constitution du capital social, mais ils permettent à l'associé de participer au vote en assemblée générale, et lui ouvrent droit au partage des bénéfices. Dans ce cas, la part qui lui revient, est au moins égale à celle de l'associé qui a fait l'apport le plus faible en numéraire ou en nature, sauf clause contraire des statuts.

Le capital peut être variable. Il doit alors être compris en permanence entre un minimum et un maximum fixé par les statuts. Les règles particulières prévues par les articles L 231-1 et suivants sont applicables à la société. Cette option a pour principal avantage l'absence de formalisme pour les opérations d'augmentation ou de diminution du capital.

Fonctionnement

Administration

La société est dirigée par un ou plusieurs gérants, personnes physiques obligatoirement, nommés parmi les associés ou en dehors d'eux.

En l'absence de limitations statutaires, les gérants ont tous pouvoirs pour agir au nom et pour le compte de la société. Leur nomination et leurs pouvoirs sont fixés, soit dans les statuts, soit dans un acte séparé.

Assemblée Générale
Les associés se réunissent au minimum une fois par an en assemblée générale ordinaire (AGO).

L'approbation annuelle des comptes, ainsi que les décisions ordinaires se prennent en assemblée générale à la majorité simple (50 % + 1 voix). La minorité de blocage est donc de 50 %.

Les associés peuvent participer à des assemblées générales en utilisant des moyens de visioconférence ou de télécommunication selon des modalités prévues dans les statuts. Cette faculté n'est toutefois pas possible en cas de délibération portant sur l'inventaire, les comptes annuels ou le rapport de gestion.

Les décisions entraînant une modification des statuts se prennent en assemblée générale extraordinaire (AGE).

Pour que l'assemblée puisse valablement se tenir, les associés présents ou représentés doivent posséder au moins le 1/4 des parts sociales lors de la 1ère convocation de l'AGE (quorum). A défaut, la seconde AGE doit se tenir dans un délai maximum de 2 mois et les associés présents ou représentés doivent posséder au moins le 1/5 des parts sociales.

Les décisions en AGE se prennent à la majorité des 2/3 des voix. La minorité de blocage est donc de 33 % + 1 voix.

Les règles de majorité et de quorum énoncées ci-dessus sont applicables aux SARL créées après la loi en faveur des PME du 2 août 2005. Elles s'appliquent de droit aux SARL constituées après cette date. Les SARL constituées antérieurement à cette date ne sont soumises à ces règles que si les associés le décident à l'unanimité. A défaut, les SARL créées avant cette date restent soumises à la règle antérieure, selon laquelle les décisions doivent être, en principe, votées à la majorité des associés représentant au moins trois quarts des parts sociales.

Par exception, les décisions d'agrément de cessions de parts sociales se prennent à la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, sauf si les statuts prévoient une majorité plus forte.

1.2.2.6.2 Le régime fiscal

Impôt sur les sociétés
La SARL est soumise de droit à l'impôt sur les sociétés.

Droits d'enregistrement
Cessions de parts dans des personnes morales à prépondérance immobilière :
Application du taux de 5%.(cf. ci-dessus)

Autres cessions de parts sociales :
Application du taux de 3% ; le calcul des droits s'effectue en appliquant sur la valeur de chaque part sociale, un abattement égal au rapport entre la somme de 23 000 € et le nombre total de parts sociales de la société.

1.2.2.6.3 Les modalités de contrôle

La désignation d'un commissaire aux comptes n'est obligatoire que si la société dépasse au moins deux des trois seuils suivants :

- montant du chiffre d'affaires HT supérieur à 3 100 000 euros ;
- total du bilan supérieur à 1 550 000 euros ;
- SARL dépassant 50 salariés.

Toutefois, même sans dépasser les critères précités, et donc en l'absence de toute obligation, la société peut, par la volonté de son Assemblée Générale, décider de nommer un commissaire aux comptes.

De plus, certains actes nécessitent l'utilisation d'un commissaire aux comptes (appelé alors selon le cas : commissaire aux apports, commissaire à la fusion...).

1.2.2.6.4 Les points d'attention particuliers

1. La responsabilité des associés est limitée aux apports. Par ailleurs cette structure évolutive facilite le partenariat

2. Aucun capital minimum n'est exigé, néanmoins, il convient de l'adapter en fonction de l'activité envisagée et des besoins de financement requis. En outre, si le montant du capital social n'est pas cohérent avec les exigences économiques du projet, la responsabilité personnelle du gérant et/ou des associés fondateurs peut être engagée

3. La SARL peut être constituée avec un seul associé

4. Le gérant doit être une personne physique

5. Les organes, capital et parts sociales peuvent être consultés librement dans le registre du commerce ouvert au public

6. En principe, les SARL ne sont soumises ni au code des marchés publics, ni à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. Toutefois, les SARL qui ont été agréées « maîtrise d'ouvrage » sont soumises aux dispositions de l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005.

1.2.2.7 L'Union d'Economie Sociale (UES)

Qu'est-ce qu'une Union d'Economie Sociale ?

L'union d'Economie Sociale est un statut créé en 1983 pour permettre aux associations, coopératives et mutuelles de monter des projets communs et des partenariats avec les collectivités territoriales, dans lesquelles elles ont vocation à rester majoritaires.

1.2.2.7.1 Le régime juridique

L'UES est régie :

- par le statut général des coopératives de 1947. Elle peut se constituer sous la forme d'une SA, d'une SARL ou toute autre forme de société, à l'exception des sociétés en participation ;
- par la loi du 12 juillet 1985 portant dispositions relatives aux unions d'Economie sociale (qui annule et remplace la loi du 20 juillet 1983).

A. Principales caractéristiques

L'UES regroupe dans une même structure des partenaires très différents désireux de réunir leurs moyens et leurs efforts, et ainsi d'amplifier leurs actions :

- en décloisonnant et organisant le partenariat entre coopératives, mutuelles et associations, ce qui permet de maîtriser la filière de production sans qu'il y ait concentration ;
- en réunissant autour d'un noyau de structures à but non lucratif d'autres acteurs, tels que les collectivités publiques, des intervenants privés à but lucratif et des partenaires financiers.

Son objet est « La gestion des intérêts communs des associés et le développement de leurs activités ».
Cette forme juridique peut être utilisée afin de mutualiser des moyens en vue de gérer des services communs :

- gestion directe de services (hôtels sociaux, CAT…) ;
- coordination d'acteurs ayant un projet en commun ou des services complémentaires.

Son objet est donc double :

- coopérative, elle doit améliorer la qualité marchande des produits, réduire les prix de revient ou de vente au bénéfice de ses membres, et, plus généralement, contribuer à la satisfaction des besoins et à la promotion des activités économiques et sociales de ses membres ainsi qu'à leur formation ;
- union, elle doit gérer un ou des intérêts communs et développer l'activité de ses sociétaires.

Les principales caractéristiques des unions d'économie sociale sont ainsi les suivantes :

- l'union d'économie sociale est une coopérative de statut général soumise à des règles particulières ;
- elle peut, en principe, adopter n'importe quelle forme juridique (société civile, société en commandite, société à responsabilité limitée, société anonyme, etc.), elle ne saurait, en revanche, se constituer en société en participation ;
- elle peut être à capital variable, faire ou non un appel public à l'épargne.

En pratique, cependant, seules deux formes juridiques sont utilisées : la SARL et la SA.
65% des droits de vote sont réservés à des organisations de l'Economie sociale (associations, coopératives, mutuelles), les 35% restants sont ouverts à toutes autres personnes physiques ou morales, publiques ou privées.

B. Fonctionnement

Les statuts des Unions d'Economie sociale peuvent attribuer à chaque associé un nombre de voix au plus proportionnel à l'effectif de ses membres ou à l'importance des affaires qu'il traite avec l'Union.

C. Agrément

Certaines entreprises sociales, quels que soient leurs statuts, peuvent être agréées et/ou conventionnées par l'Etat et ainsi bénéficier d'aides spécifiques (aides aux postes, avantages fiscaux, financements particuliers,...). Les principaux agréments et conventionnements en matière d'économie sociale et solidaire sont :

- conventionnement entreprise d'insertion et entreprise de travail temporaire d'insertion ;
- conventionnement association d'utilité sociale ;
- conventionnement chantier d'insertion ou chantier ;
- conventionnement entreprise adaptée/atelier protégé ;
- conventionnement association intermédiaire ;
- agrément spécifique aux entreprises de services aux personnes.

L'agrément « entreprise solidaire »

L'article 19 de la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001 régit le label « entreprise solidaire » défini par les structures qui ne sont pas cotées sur les marchés financiers et qui respectent au moins une des deux conditions suivantes :

- Première condition : au moins un tiers de l'effectif de l'entreprise est en contrat emploi-jeune, handicapé, anciennement bénéficiaire des minima sociaux ;
- Seconde condition : l'entreprise respecte deux conditions portant à la fois sur la nature juridique de l'entreprise et sur le niveau des rémunérations :
    - nature juridique de l'entreprise : il s'agit d'une entreprise (association, coopérative, mutuelle, institution de prévoyance, société,...) dont les dirigeants sont élus directement ou indirectement par les salariés, les adhérents ou les sociétaires ;
    - niveau de rémunération : pour les entreprises comptant de un à dix-neuf salariés, adhérents ou sociétaires, le dirigeant ne doit pas percevoir une rémunération excédant quatre fois le SMIC. Pour les entreprises comptant au moins vingt salariés, adhérents ou sociétaires : la condition énoncée ci-dessus doit être satisfaite par dix-neuf salariés, adhérents ou sociétaires et aucune rémunération ne doit être supérieure à huit fois le SMIC.

Cet agrément permet de bénéficier de financements spécifiques à travers les Fonds Commun de Placement d'Entreprises Solidaires (FCPES) qui sont des fonds d'épargne salariale, remplacés à partir d'avril 2004 par les PERCO, Plan d'Epargne pour la Retraite Collectif. Les entreprises créant un nouveau plan partenarial d'épargne salariale volontaire (PPESV) doivent offrir à leurs salariés la possibilité d'investir dans des FCPES. Ainsi, 10% de ces FCPES pourront être affectés, si les salariés le souhaitent, à des entreprises solidaires ou à des sociétés de capital-risque ou de finance.

D. Constitution et gestion du patrimoine immobilier

Les règles applicables à la constitution et à la gestion du patrimoine immobilier dépendront de la forme juridique choisie. Il convient dès lors de se reporter à la partie correspondante du présent Guide.

1.2.2.7.2 Le régime fiscal

Les UES de logement social titulaires d'un agrément préfectoral peuvent bénéficier de l'exonération prévue en faveur des organismes HLM au titre du service d'intérêt général Elles sont soumises à l'impôt sur les sociétés au titre de leurs autres activités

1.2.2.7.3 Les modalités de contrôle

Les modalités de contrôle dépendront de la forme juridique choisie.

1.2.2.7.4 Les points d'attention particuliers

1. Les UES se caractérisent par une grande liberté de choix des associés, toutefois, le capital n'est pas ouvert aux collectivités territoriales

2. Pour les UES constituées sous forme de SA, le capital social minimum est fixé à 18 500 €, soit la moitié du capital social minimum des SA de droit commun. Toutefois il convient d'adapter le montant du capital social à l'importance de l'activité, aux besoins de financements de la société

3. Une UES est par principe adossée à d'autres structures

1.3 LE RÉGIME DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

1.3.1 Propos introductifs

Le **Code de commerce** soumet les actes conclus avec certaines personnes ayant des relations privilégiées avec la société à un **contrôle de normalité** qui s'explique par le souci de préserver l'intérêt social. Sont ainsi visées, d'une part, les conventions conclues entre la société et ses dirigeants, ou les actionnaires détenant une fraction importante des droits de vote et, d'autre part, celles entre sociétés ayant des dirigeants communs (sociétés membres d'un groupe).

Les **dirigeants sociaux** ou les actionnaires importants sont fréquemment amenés à conclure avec leur société des conventions les concernant personnellement : contrat de travail, rémunération de compte courant, départ à la retraite, etc. Afin d'éviter que les dirigeants ne privilégient leur intérêt personnel par rapport à l'intérêt social, le Code de commerce soit, interdit la conclusion de certaines conventions (par exemple l'emprunt de sommes d'argent à la société), soit, les soumet à une procédure particulière de contrôle couramment appelée procédure des conventions réglementées. Seules les conventions courantes peuvent être librement conclues.

AVERTISSEMENT

La conclusion de conventions interdites, ainsi que l'irrégularité de conventions réglementées peuvent être sévèrement sanctionnées : nullité des conventions, responsabilité délictuelle ou pénale des dirigeants…

Quel est le lien avec la notion de conflit d'intérêts ?

Le conflit d'intérêts est une situation de fait. Tout dirigeant d'une entité (société ou association), dans le cadre de ses pouvoirs, est amené à prendre une décision dans une situation où cohabitent un intérêt général et un intérêt privé. Cette réalité est d'autant plus forte que la personne en question cumule des fonctions très diverses. La notion de « cumul des fonctions » est un critère important de risque de conflits d'intérêts. Si dans le domaine public, cette notion est prise en compte de façon plus ou moins homogène, il faut admettre que dans le domaine privé, il en va différemment en raison du type d'entité concernée.

La notion de conflit d'intérêts est au cœur de la réglementation sur les conventions réglementées, le dispositif étant destiné à vérifier que l'intérêt social n'est pas sacrifié au profit d'un autre intérêt – intérêt personnel d'un dirigeant, d'un actionnaire, etc.

Il existe cependant de nombreuses situations de conflit d'intérêts qui échappent au dispositif relatif aux conventions réglementées, notamment parce que ces situations n'impliquent pas la conclusion d'une convention par la société de référence (ex. : situation dans laquelle le dirigeant d'une société A se trouve être également le dirigeant d'une société B, les sociétés A et B étant en situation de concurrence : le dirigeant est en situation de conflit d'intérêts, sans pour autant que la procédure des conventions réglementées doive recevoir application).

Les infractions pénales découlant d'une situation de conflits d'intérêts
En fait, que ce soit dans le cadre des sociétés, des associations ou autre, le conflit d'intérêts étant une situation de fait, il n'aboutit pas toujours à des dérives. C'est donc par l'intermédiaire d'infractions pénales qu'il est appréhendé.

Plusieurs infractions peuvent être constituées :

- En premier lieu, dans le domaine des sociétés, l'usage abusif des biens ou du crédit de la société communément appelé abus de biens sociaux (ABS) est au droit des affaires ce que le vol est au droit pénal général (confusion des biens de l'entreprise avec ceux du dirigeant). Cette infraction n'existe que pour les entreprises revêtant la forme d'une société commerciale.
  L'ABS est le fait pour un dirigeant d'employer de mauvaise foi les biens ou le crédit de la société dans un intérêt qu'il sait contraire à celle-ci, pour son profit ou pour celui d'une entreprise où il détient lui-même des intérêts directs ou indirects.
- De même dans le domaine particulier des sociétés anonymes, il faut mentionner une infraction spécifique : le délit d'initié prévu à l'article 465-1 du Code monétaire et financier ;
- Certains actes peuvent également être qualifiés d'actes anormaux de gestion dont l'identification laisse une importante marge d'appréciation au juge.

Aussi, même si un acte n'est pas nécessairement soumis au régime des conventions réglementées, il peut être constitutif d'une autre infraction. Etant toutefois précisé que le respect de la procédure des conventions réglementées, n'exclue en aucun cas l'existence également d'une infraction. A cet égard il convient de rappeler que le juge n'est en aucune façon lié à la qualification donnée par les parties et demeure souverain dans son appréciation.

1.3.2 Les conventions interdites

1.3.2.1 Les personnes concernées

1.3.2.1.1 Les dirigeants

Pour les acteurs identifiés dans le présent Guide, l'interdiction énoncée par le Code du commerce s'applique aux dirigeants suivants :

- gérants ou associés personnes physiques de **SARL** (C. com. art. L 223-21) ;
- administrateurs et membres du conseil de surveillance personnes physiques, membres du directoire de **SA,** ainsi que directeur général, directeurs-généraux délégués et représentants permanents des personnes morales administrateurs de ces sociétés (C. com. art. L 225-43, al. 1 et 3 et art. L 225-91, al.1 pour les SA) ;
- président et autres dirigeants personnes physiques de **SAS** (C. com. art. L 225-43 sur renvoi de L 227-12).

1.3.2.1.2 Les personnes liées aux dirigeants

L'interdiction s'applique aux **conjoints, ascendants et descendants** des dirigeants concernés par l'interdiction.

En revanche, faute d'extension expresse, l'interdiction ne s'applique pas au **pacsé,** sauf à démontrer l'interposition de personne. Quant au **concubin,** il est à priori, sous les mêmes réserves, également exclu.

Elle ne s'applique pas non plus au **frère d'un associé** d'une SARL.

L'interdiction s'applique à toute **personne interposée** entre le dirigeant et la société.
Par personne interposée, il faut entendre toute personne physique ou morale qui conclut avec une société une convention interdite par la loi aux personnes énumérées ci-dessus et dont le **bénéficiaire réel** est l'une de ces personnes. L'interposition de personne ne se présume pas et **est appréciée souverainement par les juges du fond**. Elle est difficile à établir ; elle suppose que la personne interdite profite de l'opération et qu'il y ait connivence entre elle et le cocontractant.

1.3.2.1.3 Les dirigeants exclus

Le Code du commerce prévoit que l'interdiction ne s'applique pas aux **dirigeants** suivants lorsqu'ils sont une **personne morale** :

- administrateurs de SA classique (C. com. art. L 225-43, al.1) ;
- membres du directoire ou du conseil de surveillance de SA à directoire (C. com. art. L 225-91, al.1) ;
- président et autres dirigeants de **SAS** (C. com. art. L 225-43, sur renvoi de L 227-12).

Cette exclusion du champ d'application de l'interdiction ne signifie pas que les conventions conclues entre ces dirigeants et la société sont libres. **Elles sont en effet soumises à la procédure des conventions réglementées.**

1.3.2.2 Les opérations concernées

L'interdiction énoncée par les dispositions du Code du commerce s'applique aux opérations suivantes (C. com. art. L 223-21, al.1 pour les SARL, L 225-43, al.1 pour les SA classiques, L 225-91, al.1 pour les SA à directoire, sur renvoi de L 227-12 pour les SAS) :

- **emprunts** des dirigeants auprès de la société,
- **découverts** en compte courant ou autrement consentis par la société à ses dirigeants,
- **cautionnement ou aval** par la société des engagements des dirigeants envers les tiers.

L'interdiction ne concerne que les opérations dans lesquelles le dirigeant a un **intérêt personnel.**

Tel est le cas, par exemple, d'un cautionnement donné par une SARL pour garantir le remboursement de sommes dont son gérant était personnellement redevable pour des causes totalement étrangères à l'objet social (CA Montpellier 7 janvier 1980, 1e ch., Lacour c/ Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Midi).

1.3.2.3 Les conséquences de la conclusion d'une convention interdite

1.3.2.3.1 La nullité des conventions interdites

Le régime de nullité des conventions interdites a été précisé par la jurisprudence : la **nullité** est **d'ordre public** et constitue une **nullité absolue** (Cass. ch. mixte 10 juillet 1981 ; Cass. com. 25 avril 2006 n° 05-12.734 (n° 501 F-D)).

Cette nullité ne peut donc pas être couverte. Elle peut être soulevée d'office par le juge.

Enfin, elle peut être invoquée par toute personne ayant un intérêt à agir, y compris la personne concernée par l'interdiction.

Conformément au droit commun (C. civ. art. 2224, issu de la loi 2008-561 du 17-6-2008), l'action en nullité se prescrit par cinq ans.

Toute convention interdite entre le dirigeant et la société qu'il dirige étant nulle, la société peut opposer la nullité de l'acte aux tiers, à moins qu'ils n'aient été victimes de manœuvres frauduleuses.

1.3.2.3.2 La responsabilité des dirigeants

Le dirigeant qui conclut au nom pour le compte de la société une convention interdite engage sa responsabilité délictuelle pour le préjudice subi par la société, les associés ou les tiers. Il peut en outre engager sa responsabilité pénale.

a. Responsabilité délictuelle

La nullité des conventions interdites entraîne l'obligation de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de la convention.

Toutefois, cette remise en état ne permet pas toujours de compenser l'ensemble du préjudice subi par la victime. C'est pourquoi cette dernière est en droit de demander le paiement de **dommages-intérêts**.

Les tribunaux ont admis que cette demande pouvait être formée sur le fondement des articles du Code de commerce qui prévoient la nullité des conventions interdites (C. com. art. L 223-21 pour les SARL et L 225-43 pour les SA) et sur le fondement des articles du même Code qui prévoient la responsabilité des dirigeants pour non-respect des dispositions législatives applicables aux SARL et aux SA (C. com. art. L 223-22 et L 225-251) (CA Aix-en-Provence 7 février 1992, 2e ch. civ., SARL Corderie Dor c/ Dor).

L'action fondée sur les articles L 223-22 et L 225-251 du Code de commerce est toutefois prescrite par trois ans alors que l'action fondée sur la nullité de la convention n'est pas soumise à cette prescription.

b. Responsabilité pénale

Le dirigeant qui conclut avec la société une convention interdite engage, dans certains cas, sa responsabilité pénale **pour abus du crédit ou des biens de la société ou pour banqueroute** par détournement d'actif.

Citons notamment le maintien d'un découvert en compte courant qui est souvent, associé à d'autres faits, retenu par les juridictions pénales à l'encontre des dirigeants de SA ou de SARL comme constitutif d'abus du crédit social (C. com. art. L 242-6, 3° pour la SA et L 241-3, 3° pour les SARL).

1.3.3 Les conventions réglementées

1.3.3.1 Le champ d'application

En dehors des conventions dont le législateur interdit expressément la conclusion, les dirigeants de sociétés et les associés ou actionnaires de ces dernières peuvent conclure avec celles-ci toutes sortes de conventions.

Pour éviter que, par de tels actes, les dirigeants ou les associés ne fassent prévaloir leur intérêt personnel sur l'intérêt social, le législateur a organisé une procédure qui permet aux différents organes de la société de contrôler ces conventions : c'est la procédure dite des conventions réglementées.

Cette procédure s'applique dans les SARL, les sociétés par actions et, depuis la loi 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), dans les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique et dans certaines associations.

Elle s'applique également aux sociétés d'économie mixte ainsi qu'aux SA du secteur public.

La procédure des conventions réglementées est également applicable aux conventions conclues entre personnes morales ayant des dirigeants communs.

Le législateur a, dans ce cas, voulu éviter que la personne intéressée ne privilégie l'intérêt d'une des personnes morales dans lesquelles il exerce un mandat social ou dont il est membre par rapport à l'autre, voire son propre intérêt, sous couvert d'une des deux sociétés.

1.3.3.1.1 Les personnes concernées

La procédure des conventions réglementées s'applique aux **dirigeants personnes physiques et morales** suivants :

- gérants et associés de **SARL** (C. com. art. L 223-19, al.1) ;
- administrateurs, directeur général, l'un des directeurs généraux délégués, membres du directoire ou du conseil de surveillance de **SA** (C. com. art. L 225-38, al. 1 pour les SA classiques, L 225-86, al. 1 pour les SA à directoire) ;
- président et autres dirigeants de **SAS** (C. com. art. L 227-10).

La procédure s'applique également, depuis la loi NRE :

- aux **associés** ou actionnaires de **sociétés par actions détenant plus de 10 % des droits de vote ;**
- aux administrateurs ou aux personnes assurant un rôle de **mandataire social des personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique** et aux **associations subventionnées.**

a. Les dirigeants sociaux

La procédure des conventions réglementées s'applique aux dirigeants titulaires d'un **mandat social** et non aux dirigeants qui sont exclusivement salariés de la société.

La procédure des conventions réglementées ne vise que les conventions conclues entre une société et un **dirigeant en fonction** au moment de la conclusion de celles-ci.

Cette procédure est applicable aux conventions conclues entre une SA et le **représentant permanent** d'une personne morale administrateur ou membre du conseil de surveillance de celle-ci.

En effet, les représentants permanents des personnes morales dirigeantes de SA sont soumis aux mêmes conditions et obligations que s'ils étaient dirigeants en nom propre (C. com. art L 225-20 pour les administrateurs et L 225-76 pour les membres du conseil de surveillance).

La procédure des conventions réglementées vise également les **conventions** conclues **entre une SA du secteur public et un de ses administrateurs** dès lors que ces sociétés étant soumises, sauf dispositions dérogatoires, au Code du commerce, aucune disposition particulière n'exclut l'application de l'article L 225-38 du Code du commerce à la société en cause. Il importe peu, à cet égard, que la convention en cause soit un contrat de droit public et que l'administrateur concerné soit une personne de droit public (T. com. Paris 31 mai 1994, Cie nationale du Rhône c/ Electricité de France : RJDA 10/94 n° 1036).

b. Les associés ou actionnaires détenant plus de 10 % des droits de vote

Dans les **SARL,** la réglementation, concerne les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés (C. com. art. L 223-19, al. 1), peu importe la part de capital détenue par l'associé.
Dans les **sociétés par actions,** relève de la procédure des conventions réglementées toute convention intervenant entre la société (C. com. art. L 225-38, al. 1 pour les SA classiques, L 225-86, al. 1 pour les SA à directoire, L 227-10 pour les SAS) et :

- l'un de ses **actionnaires** ou **associés** disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ;
- la **société contrôlant une société actionnaire** ou associée disposant d'une fraction des droits de vote (et non du capital) supérieure à 10 %.

La **notion de contrôle** est définie par les dispositions de l'article L 233-3 Code de commerce .

Le champ d'application de la réglementation des conventions réglementées est ainsi étendu aux relations entre **sociétés d'un même groupe.**

C'est la loi NRE du 15 mai 2001 qui a étendu la procédure aux conventions conclues par les sociétés par actions et les actionnaires détenant plus de 10 % de droits de vote.

Les personnes liées aux dirigeants ou aux associés ou actionnaires

Entrent dans le champ d'application de la procédure, les conventions pour lesquelles le dirigeant, l'actionnaire ou l'associé traite avec la société par **personne interposée** (C. com. art. L 223-19, al. 1 pour les SARL, L 225-38, al. 1 pour les SA classiques, L 225-86, al. 1 pour les SA à directoire, , L 227-10, al. 1 pour les SAS et L 612-5 pour les administrateurs ou les personnes assurant un rôle de mandataire social dans des personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique et certaines associations subventionnées).

Par personne interposée, il faut entendre toute personne physique ou morale qui conclut une convention avec la société au profit d'un dirigeant ou d'un membre de celle-ci, soumis à la procédure. Bien qu'il n'existe pas, en matière de conventions réglementées, de présomption d'interposition de personnes entre celles ayant un lien de parenté, la personne interposée est souvent, dans les faits, liée au dirigeant ou à l'actionnaire par un lien familial (CA Lyon 21 mai 1951 : Gaz. Pal. 1951 p. 179).

En pratique, l'interposition de personne implique un **intérêt indirect** de sorte que, le plus souvent, les décisions de justice qui constatent une interposition de personne relèvent également l'existence d'un intérêt indirect.

Constitue par **exemple** une convention réglementée par personne interposée :

- la promesse de vente d'un immeuble à usage d'habitation appartenant à une SA, consentie au nom de la société par le Président Directeur Général (PDG) de celle-ci à son **épouse,** car, quel que soit le régime matrimonial des époux, ils habitent ensemble. Le PDG est donc indirectement bénéficiaire de la convention litigieuse et la société a, en fait, contracté avec lui par personne interposée (Cass. com. 23 janvier 1968, Caisley c/ Sté foncière de Pourville-sur-mer : Bull. civ. IV n° 38) ;
- le contrat de vente d'un terrain conclu entre une SA et un tiers moyennant un prix payé par remise des actions appartenant à un administrateur de cette société. Le conseil d'administration de la SA ayant déjà refusé à cet administrateur l'achat des mêmes terrains en échange de ses actions, le tiers a servi de **prête-nom** à celui-ci pour tenter de réaliser malgré tout l'opération (Cass. com. 7 mars 1977, Robin c/ Hidoux ès qual.).

c. L'intérêt indirect du dirigeant ou de l'actionnaire

Les conventions auxquelles le dirigeant ou l'actionnaire des **SA** est indirectement intéressé sont soumises à la procédure des conventions réglementées (C. com. art. L 225-38, al. 2 pour les SA classiques, L 225-86, al. 2 pour les SA à directoire).

Le législateur n'a expressément prévu l'hypothèse des conventions auxquelles le dirigeant est indirectement intéressé que dans les SA.

L'intérêt indirect du dirigeant ou associé n'est pas retenu par les textes relatifs aux **SARL** et **SAS,** mais il pourrait le cas échéant être suppléé à cette lacune par le recours à l'**interposition de personne**. En effet, en pratique, l'interposition de personne implique un **intérêt indirect** de sorte que, le plus souvent, les décisions de justice qui constatent une interposition de personnes relèvent également l'existence d'un intérêt indirect (Cass. com. 23 octobre 1990 précité ; CA Paris 20 novembre 1998, 16e ch. B, SCI Eljo c/ SA AG Plus).

Pour qu'il y ait intérêt indirect, **deux éléments** doivent être réunis :

- les conventions dans lesquelles le dirigeant ou l'actionnaire a un intérêt indirect sont celles dont il tire un **profit quelconque** (ristourne, commission ou autre avantage, même non pécuniaire), même s'il n'en est pas le bénéficiaire principal ;
- Par ailleurs, l'intéressé doit détenir un **pouvoir suffisant pour infléchir la conduite de la société.**

Son appréciation appartient aux juges du fond.

d. Le cas des personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique

Les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique peuvent, notamment, être des associations (C. com. art. L 612-4) qui agissent dans certains domaines particuliers (santé, loisirs, tourisme, formation) ou fondations, les sociétés civiles, les mutuelles régies par le Code de la mutualité, les groupements d'intérêt économiques civil, etc.

Sont également visées les associations qui ont reçu annuellement de l'Etat, de ses établissements publics ou des collectivités territoriales une ou plusieurs subventions dont le montant global excède 153 000 euros et ce, quelle que soit leur activité (C. com. art. L 612-4 et art. D 612-5, ex-décret 2006-335 du 21 mars 2006 art. 1).

Pour les associations, la notion de mandataire social n'est précisée ni dans le Code de commerce, ni dans la loi de 1901. Selon la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (Bull. CNCC juin 2003 p. 342) il convient d'examiner la répartition des pouvoirs au sein des associations pour dégager des éléments de réponse.

La jurisprudence en matière de responsabilité civile et pénale des dirigeants considère que les dirigeants de l'association sont des mandataires de celle-ci au sens du Code civil. Toutefois, le mandat civil se distingue du **mandat social.** Le contenu du mandat du dirigeant n'est pas défini par un texte mais par les statuts de l'association. En outre, le texte ne vise pas les conventions conclues entre l'association et les mandataires sociaux, mais les conventions conclues entre « un administrateur ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social ». Il faut donc savoir ce que recouvre cette notion. En droit des sociétés, c'est l'étendue et la nature des pouvoirs qui caractérisent le rôle du mandataire social. En droit des associations, les mandataires sociaux seraient donc les personnes qui disposent, en application des statuts, de larges pouvoirs pour administrer, gérer et représenter l'association. En pratique, il s'agit du président, vice-président, secrétaire général, du trésorier et des autres membres qui constituent l'organe collégial de décision désigné par l'assemblée des membres.

Il faut également traiter la question du **dirigeant de fait.** C'est une personne qui, sans avoir été régulièrement désignée en qualité de dirigeant de droit, se distingue par une activité positive dans la direction et la gestion de l'association, en toute souveraineté et indépendance, pour influer sur celle-ci de manière déterminante. La notion de « personnes assurant un rôle de mandataire social » peut tout à fait englober le dirigeant de fait. Il faut donc apprécier l'étendue des pouvoirs d'administration et de direction confiés et réellement exercés.

La question est de savoir si un **directeur salarié** peut être considéré comme mandataire de l'association. Le directeur salarié peut avoir de nombreuses attributions. Pour éviter la qualification de mandataire social, le rôle du directeur salarié, même muni de nombreux pouvoirs, doit se limiter à l'exécution des décisions des organes de l'association. Par ailleurs, ses pouvoirs peuvent résulter d'une **délégation de pouvoirs** de la part du conseil d'administration.

La délégation de pouvoir, acte par lequel une personne transfère une partie de ses pouvoirs à une autre, doit porter sur des pouvoirs précis. La situation de délégataire remplissant un rôle de mandataire social peut être envisagée. Un directeur disposant de larges pouvoirs et d'une certaine autonomie n'est pas pour autant considéré comme un dirigeant de fait dès lors qu'il agit dans le cadre d'une délégation de pouvoirs et est soumis à une obligation de reddition des comptes (CA Versailles 14 octobre 1999, Le Texier c/ Madin ès qual. : BAF 28/00 inf. 162). Aussi, il est important que le délégataire rende compte de sa mission au délégant, indice qu'il intervient dans la phase d'exécution des décisions.

C'est donc une **appréciation au cas par cas** des pouvoirs confiés au directeur salarié par les statuts de l'association, de son contrat de travail, et de la délégation de pouvoirs qui permettra de savoir s'il assure le rôle de mandataire social.

1.3.3.1.2 Les opérations concernées

Le domaine des conventions réglementées est extrêmement vaste. Toutes les conventions sans distinction sont visées, à l'exception de celles qui sont exclues du champ d'application de la procédure car interdites par la loi (emprunts, découverts et cautionnements consentis par une société à ses dirigeants) ou libres s'il s'agit d'opérations courantes.

Par ailleurs le contrôle porte sur la conclusion de la **convention** aussi bien que sur sa modification, son **renouvellement** ou sa **résiliation**.

La **rémunération des dirigeants** pose des problèmes particuliers : si la fixation de la rémunération en elle-même n'a pas à être soumise à la procédure, il en va différemment, le cas échéant, des avantages spécifiques (indemnité de rupture, complément de retraite, etc.) qui leur sont souvent consentis.

Compte tenu du champ couvert par le présent Guide, nous ne traiterons ici, que des conventions autres que les rémunérations.

Parmi **les conventions réglementées les plus fréquentes**, on retrouve le contrat de bail, de vente, la concession de licence, le prêt consenti par le dirigeant à la société, etc…

La procédure des conventions réglementées ne s'applique, en revanche, pas aux **fusions**, s'agissant d'opérations qui ne peuvent être décidées que par l'assemblée générale extraordinaire (Cass. com. 7 juin 1963 : Bull. civ. III n° 272, arrêt antérieur à la loi du 24 juillet 1966, mais transposable), ou aux opérations **d'apport partiel d'actif** soumises au régime des scissions (CA Paris 6 avril 2001, 3e ch. C, Sté Akar Holding International SA c/ Sté Assureurs conseil Muir Bedall Mise et Cie SA : RJDA 10/01 n° 982).

1.3.3.2 La procédure

a. SARL

Principe

Sauf le cas particulier, c'est-à-dire convention conclue par un gérant non associé et absence de commissaire aux comptes, il n'existe pas, dans les SARL, d'autorisation préalable analogue à celle donnée par le conseil d'administration dans les SA (voir ci-après); le contrôle est effectué a posteriori par la collectivité des associés sur rapport préalable du gérant ou, s'il en existe un, du commissaire aux comptes. La procédure est alors la suivante.

Procédure

Information du commissaire aux comptes

Lorsqu'il existe un commissaire aux comptes, le gérant l'avise des conventions intervenues dans le délai d'un mois à compter de leur conclusion (C. com. art. R 223-16, al. 1, ex-Décret 67-236 du 23 mars 1967 art. 34, al. 1).

Lorsque l'exécution de conventions conclues au cours d'exercices antérieurs a été poursuivie au cours du dernier exercice, le commissaire aux comptes est également informé dans le délai d'un mois à compter de la clôture de l'exercice (C. com. art. R 223-16).

Rapport spécial

Le gérant ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présente à l'assemblée des associés un rapport sur les conventions soumises à la procédure des conventions réglementées intervenues ou qui se sont poursuivies au cours de l'exercice (C. com. art. L 223-19, al. 1).

Ce rapport ne doit pas être une partie du rapport général, mais doit constituer un rapport spécial sur lequel l'assemblée générale émet un vote particulier (CA Paris 3 juillet 1976, 4e ch., Martignene c/ SARL MSA France : Rev. sociétés 1977 p. 465 note D. Schmidt ; Rép. Lebas : AN 3 avril 1969 p. 869 n° 4274).

Le rapport sur les conventions réglementées présenté par le gérant ou le commissaire aux comptes à l'assemblée doit contenir les **mentions** suivantes (C. com. art. R 223-17, ex-Décret 67-236 du 23 mars 1967 art. 35) :

- énumération des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée des associés ;
- nom des gérants ou associés intéressés à ces conventions ;
- nature et objet de ces conventions ;
- modalités essentielles de ces conventions. Il s'agit notamment :
  - de l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées et, le cas échéant, toutes autres indications permettant aux associés d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées ;

- importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice en exécution des conventions conclues au cours d'exercices antérieurs et poursuivies au cours du dernier exercice.

Vote en assemblée

Le rapport est présenté à l'assemblée ou joint aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite (C. com. art. L 223-19, al. 1). Cette référence à la **consultation écrite** signifie qu'il est possible de soumettre les conventions aux associés en dehors de l'approbation annuelle des comptes qui ne peut intervenir qu'en assemblée (C. com. art. L 223-27, al. 1).

La **communication préalable** de ce rapport spécial n'est imposée ni par la loi ni par le décret et ne peut justifier l'annulation de l'assemblée générale durant laquelle l'associé demandeur aurait pu, s'il y avait participé et s'il y avait lieu, exiger la lecture (CA Versailles 12 mars 1991, Sté Jacques Benedict c/ Sté Première fondation : Bull. Joly 1991 p. 525).

Au vu du rapport qui leur est présenté, les associés, réunis en **assemblée générale ordinaire** (ou consultés par écrit), approuvent ou désapprouvent les conventions intervenues.

Avec la loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, l'article L 223-27 du Code de commerce dispose que si les statuts le prévoient, les associés qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité. Les statuts peuvent prévoir un droit d'opposition à l'utilisation de ces moyens au profit d'un nombre déterminé d'associés et pour une délibération déterminée.

Le gérant ou l'associé intéressé ne **prend** pas **part au vote** et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (C. com. art. L 223-19, al. 1).

Ainsi, la responsabilité du gérant non associé et d'un associé d'une SARL qui ont conclu une convention aux termes de laquelle la SARL, représentée par son gérant, achetait un immeuble appartenant à l'associé peut être mise en cause dès lors que cette acquisition a été autorisée et ses modalités fixées par trois résolutions adoptées en assemblée générale au vote desquelles l'associé vendeur a pris part (Cass. com. 13 février 1996 n° 283 D, Guignard c/ Dudognon : RJDA 5/96 n° 646).

En revanche, est valable la résolution adoptée par l'assemblée extraordinaire d'une SARL, au vote de laquelle son gérant avait participé, ayant autorisé la société à vendre son fonds de commerce à une EURL dont l'associé unique était ledit gérant (Cass. com. 7 juillet 2009 n° 08-16.790 (n° 704 FS-PB), Civel c/ Foulonneau : RJDA 11/09 n° 976). Cette autorisation préalable de passer une convention ne dispense pas le gérant de respecter la procédure prévue à l'article L 223-19 lorsque la convention est intervenue. Il appartient donc au gérant d'organiser une seconde délibération des associés sur l'approbation de la convention après sa conclusion en respectant l'interdiction de vote prévue par le texte.

La consultation préalable des associés sur la conclusion prochaine de conventions par la société se rencontre peu en pratique. Elle est obligatoire en cas de cession d'un actif entraînant une modification de l'objet social puisqu'une telle modification, comme toute modification statutaire, relève de la compétence des associés. Elle peut être aussi imposée par les statuts pour les actes de gestion les plus importants (par exemple contrats excédant un certain montant).

Lorsque **tous les associés** sont **intéressés par une convention,** la circonstance doit être explicitée dans le rapport spécial du gérant ou du commissaire aux comptes, justifiant l'impossibilité de vote à l'assemblée, qui prendra acte de cette impossibilité de voter.

Les associés doivent émettre un **vote particulier** sur ces conventions, étant observé que, même si la convention réglementée a une incidence sur les comptes sociaux, l'approbation de ces comptes ne saurait être considérée comme valant approbation de ladite convention (CA Paris 3 juillet 1976 : Rev. sociétés 1977 p. 465 note Schmidt).

b. Sociétés par actions (SA dans le cadre du présent guide)

Le contrôle des conventions soumises à la procédure des conventions réglementées s'effectue en **cinq phases** :

- information du conseil sur la convention envisagée,
- autorisation préalable du conseil,
- information du commissaire aux comptes,
- établissement d'un rapport spécial par le commissaire aux comptes,
- vote de l'assemblée générale des actionnaires au vu de ce rapport spécial.

Information du conseil

La personne intéressée est tenue d'informer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance dès qu'elle a connaissance d'une convention à laquelle s'applique la procédure des conventions réglementées (C. com. art. L 225-40, al. 1 pour les SA classiques, L 225-88, al. 1 pour les SA à directoire).

Si l'intéressé s'abstenait de prendre cette initiative, les administrateurs, qui auraient néanmoins eu connaissance d'une telle convention, pourraient être tenus pour responsables de la violation des dispositions légales (par application de l'article L 225-251 du Code de commerce relative aux fautes ou infractions commises par les administrateurs).

Autorisation préalable

Le conseil d'administration ou de surveillance statue sur l'autorisation sollicitée (C. com. art. L 225-38, al. 1 pour les SA classiques, L 225-88, al. 1 pour les SA à directoire).

L'**intéressé** ne peut pas **prendre part au vote** sur l'autorisation sollicitée (C. com. art. L 225-40, al. 1 pour les SA classique, L 225-88, al. 1 pour les SA à directoire).

L'administrateur ou le membre du conseil de surveillance intéressé ne doit donc pas être pris en compte pour le calcul du quorum ni de la majorité lors du vote de l'autorisation le concernant.

L'interdiction pour les administrateurs intéressés de participer au vote peut conduire à une **impossibilité pour le conseil de donner son autorisation.** Il en est ainsi lorsque tous les administrateurs sont intéressés à la convention ou lorsqu'une convention est conclue entre deux sociétés ayant les mêmes dirigeants. Dans ce cas, les commissaires aux comptes devront faire état de cette situation dans leur rapport spécial et l'assemblée des actionnaires couvrira la nullité encourue (Dans ce sens : Rép. Lauriol : AN 26 juillet 1975 p. 5429 n° 20677).

Information du commissaire aux comptes

Le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance avise les commissaires aux comptes des conventions et engagements autorisées dans le délai d'un mois à compter de leur conclusion.

De même, lorsque l'exécution de conventions et engagements conclus et autorisés au cours d'exercices antérieurs a été poursuivie au cours du dernier exercice, les commissaires aux comptes sont informés de cette situation dans le délai d'un mois à compter de la clôture de l'exercice (C. com. art. R 225-30, al. 2 et art. R 225-57, al. 2 pour les SA).

Rapport spécial

Les commissaires aux comptes présentent, sur les conventions intervenues, un rapport spécial à l'assemblée générale des actionnaires qui statue sur ce rapport (C. com. art. L 225-40, al. 2 pour les SA classiques, L 225-88, al. 3 pour les SA à directoire).

Le rapport sur les conventions réglementées présenté par le commissaire aux comptes à l'assemblée doit contenir les **mentions** suivantes (C. com. art. R 225-31 pour les SA classiques, et R 225-58 pour les SA à directoire) :

- énumération des conventions et engagements soumis à l'approbation de l'assemblée générale ;
- nom des dirigeants intéressés à ces conventions ;

- désignation du ou des actionnaires intéressés disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % et, s'il s'agit d'une société actionnaire, de la société la contrôlant (C. com. art. L 225-38, al. 1, L 225-86, al. 1, L 226-10, al. 1 et L 227-10, al. 1) ;
- nature et objet de ces conventions et engagements ;
- modalités essentielles de ces conventions et engagements. Il s'agit notamment :
  - de l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées, du montant et des modalités d'octroi de chacun des avantages ou indemnités mentionnés aux articles L 225-22-1 et L 225-42-1 du Code de commerce et, le cas échéant, toutes autres indications permettant aux associés d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions et engagements analysés.
- importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice en exécution des conventions et engagements conclus au cours d'exercices antérieurs et poursuivis au cours du dernier exercice. S'agissant de ces conventions antérieurement autorisées et qui se sont poursuivies, en dehors de l'indication ci-dessus, le commissaire peut se limiter à ce qui est nécessaire pour les identifier.

Le commissaire aux comptes ne donne en aucun cas une opinion sur l'utilité, le bien-fondé ou l'opportunité des conventions et engagements.

Vote en assemblée

Après avoir pris connaissance du rapport spécial des commissaires aux comptes, l'assemblée générale statue sur les conventions et les approuve ou désapprouve.

L'intéressé ne peut pas **prendre part au vote** de l'assemblée générale. Ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (C. com. art. L 225-40, al. 4 pour les SA classiques, L 225-88, al. 4 pour les SA à directoire).

c. SAS

c.1. SAS pluripersonnelle

La procédure de contrôle des conventions conclues dans la SAS est directement inspirée de celle des SA (voir ci-dessus). Toutefois, il n'existe pas d'**autorisation préalable** analogue à celle donnée par le conseil d'administration ou de surveillance. Les statuts peuvent néanmoins prévoir de soumettre certaines catégories de conventions à un organe de surveillance de la société avant de les faire approuver par la collectivité des associés.

Le **commissaire aux comptes** présente aux associés un **rapport** sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses dirigeants ou, sous certaines conditions, l'un de ses actionnaires, et les **associés statuent** sur ce rapport (C. com. art. L 227-10, al. 1 et 2).

Le ministre de la justice est venu préciser le terme « intervenues ». Cela signifie que le commissaire aux comptes d'une SAS ne doit rapporter que sur les conventions passées en cours d'exercice.

En effet, si, dans les SA, le commissaire aux comptes est tenu de présenter dans son rapport les **conventions conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs** et dont l'exécution s'est poursuivie lors du dernier exercice, cette obligation, prescrite par l'article R 225-30 du Code de commerce (ex-art. 91, al. 2 du décret 67-236 du 23 mars 1967 abrogé), ne s'applique pas à la SAS et il n'existe pas de disposition identique pour cette forme de société. Il s'ensuit que, sauf disposition contraire des statuts, le commissaire aux comptes d'une SAS n'a pas à rapporter sur les conventions passées lors d'exercices antérieurs, quand bien même celles-ci produiraient encore des effets (Rép. Carayon : AN 5 avril 2005 p. 3542 n° 56015).

Les statuts peuvent librement déterminer les **modalités de présentation** de ce rapport, par correspondance ou en assemblée, et les conditions dans lesquelles est prise la décision collective des associés (mode de scrutin, participation ou non de l'intéressé, nombre de voix requises, etc.).

Avec la loi de modernisation de l'économie, si un commissaire aux comptes n'a pas été désigné, c'est au **président de la société** qu'il revient de présenter aux associés le rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses dirigeants, ou actionnaires (C. com. art. L 227-10 al. 1 modifié, nouvelles dispositions qui sont entrées en vigueur le 1er janvier 2009).

L'obligation pour le commissaire aux comptes de présenter un rapport sur les conventions réglementées suppose, bien entendu, qu'il ait été informé de l'existence desdites conventions. Or, à la différence de la SA, dans la SAS la loi ne fait peser, directement, aucune obligation d'**information du commissaire aux comptes** par le ou les dirigeants intéressés. Naturellement, il est souhaitable que les statuts de la SAS organisent cette obligation d'information, en la calquant sur celle existant dans la SA.

A défaut de précisions statutaires, il est unanimement admis qu'il n'appartient pas au commissaire aux comptes de rechercher les conventions qui auraient dû lui être communiquées, aussi la CNCC recommande-t-elle au commissaire de convenir avec les dirigeants, dans sa **lettre de mission,** des modalités relatives à l'application de la procédure des conventions réglementées au sein de l'entité (Bull. CNCC mars 2001 p. 161 et norme 5-103 n° 24).

A la différence de la SA, aucune **exclusion de vote** n'est prévue par la loi à l'encontre du **dirigeant ou de l'associé intéressé.** Dès lors, la personne intéressée peut prendre part au vote, toute clause contraire dans les statuts de la SAS serait nulle de plein droit.

Dans le cas de conventions conclues avec un associé, les statuts ne peuvent pas exclure celui-ci du vote, tout associé ayant le droit de participer aux décisions collectives et de voter hors les cas où la loi prévoit cette exclusion (C. civ. art. 1844, al. 1 ; Cass. com. 23 octobre 2007 n° 06-16.537 (n° 1164 FS-PBI), d'Hem c/ Lacquay : RJDA 1/08 n° 50 à propos de la cession forcée des actions d'un associé mais transposable).

c.2. SAS unipersonnelle

Convention entre la société et son dirigeant

Lorsque la société ne comprend qu'un associé **(SASU),** il est seulement fait mention au **registre des décisions** des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant (C. com. art. L 227-10, al. 4).

Contrairement aux règles applicables à la SAS pluripersonnelle, ces conventions ne font donc pas l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes.

Aucune disposition ne précise le contenu de la mention à faire figurer sur le registre, mais il semble nécessaire d'indiquer, la nature et l'objet de la convention ainsi que les modalités essentielles, notamment financières (prix et modalités de paiement), etc.

Le texte ne prévoit pas l'obligation pour l'**associé** de statuer sur les conventions, même s'il n'est pas président ou dirigeant. Dès lors, une telle **approbation** n'est, à notre avis, pas nécessaire, la simple mention au registre valant approbation.

Convention entre la société et l'associé unique non dirigeant

La loi NRE, qui a modifié l'alinéa 1 de l'article L 227-10 du Code de commerce en étendant la procédure des conventions réglementées aux conventions entre la SAS et les actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % (ou s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant), n'a pas modifié l'alinéa 4 de ce même article qui concerne les SAS unipersonnelles. Ainsi, la dérogation propre à la SAS unipersonnelle selon laquelle il est seulement fait mention au registre des décisions des conventions entre la société et son dirigeant n'a pas été prévue pour les conventions passées avec l'associé unique.

A la lettre du texte de l'alinéa 4, un **rapport** doit donc être établi par le **commissaire aux comptes** lorsque l'associé unique non dirigeant conclut une convention avec la société.

C'est en ce sens que s'était prononcée l'association nationale des SA (Communication ANSA, comité juridique n° 3169 du 11 septembre 2002), mais on comprend mal l'intérêt de présenter à l'associé unique un rapport sur les conventions qu'il a lui-même passées avec la société.

Aussi, interrogé par la CNCC sur cette difficulté, le **ministère de la justice** (Lettre du ministère de la justice du 22 décembre 2003 : Bull. CNCC décembre 2003 p. 573) a adopté la solution inverse. Si le ministre de la justice relève que la convention passée entre la société et son associé unique non dirigeant n'a effectivement pas à figurer sur le registre, le dernier alinéa de l'article L 227-10 du Code de commerce ne le prévoyant pas, il considère que « le commissaire aux comptes n'a pas davantage à établir de rapport, ce dernier étant destiné à garantir l'information des associés, ce qui, dans l'hypothèse envisagée ne se justifie nullement ».

d. Personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique et associations subventionnées

Le **contrôle** est effectué **a posteriori.** Le représentant légal ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes de la personne morale ou de l'association devra présenter à l'organe délibérant ou, en l'absence d'organe délibérant, devra joindre aux documents communiqués aux adhérents un **rapport** sur les conventions visées (C. com. art. L 612-5).

L'**organe délibérant** statue sur ce rapport et approuve ou désapprouve les conventions (C. com. art. L 612-5, al. 3).

A défaut de précisions dans les textes, le conseil national des commissaires aux comptes définit l'organe délibérant comme celui qui approuve les comptes (Bull. CNCC juin 1986 p. 138). Par exemple dans les fondations, en pratique c'est le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance pour les fondations dotées d'un directoire et d'un conseil de surveillance) qui se prononce sur les comptes.

L'organe délibérant doit émettre un **vote particulier** sur ces conventions, étant observé que, même si la convention réglementée a une incidence sur les comptes sociaux, l'approbation de ces comptes ne saurait être considérée comme valant approbation de ladite convention.

A la différence de la procédure applicable aux SARL, il n'est pas interdit au **dirigeant intéressé** de **prendre part au vote** de l'organe délibérant.

A s'en tenir à la lettre des textes, les conventions doivent faire l'objet d'un **rapport spécial** ; elles ne sauraient figurer dans le rapport de gestion.

L'envoi du rapport spécial du « gérant » ou du commissaire aux comptes aux associés en même temps que les autres **documents prévus pour l'exercice du droit de communication** est facultatif dès lors qu'il n'est imposé par aucun texte.

Lorsque le **rapport** est **établi par le commissaire aux comptes,** le représentant légal de la personne morale avise ce dernier des conventions conclues, dans le délai d'un mois à compter de la conclusion desdites conventions (C. com. art. R 612-7, ex-décret 2005-1677 du 28 décembre 2005 art. 49).

La Compagnie nationale des commissaires aux comptes a précisé, à propos des associations, qu'en l'absence d'obligation de respecter un cadre d'exercice ou un cadre annuel, le commissaire aux comptes doit disposer d'un délai suffisant pour procéder à l'analyse des conventions à mentionner dans le rapport. Il convient cependant de se référer aux dispositions statutaires, si elles imposent un cadre précis pour l'établissement du rapport spécial du commissaire aux comptes (Bull. CNCC décembre 2004 p. 722).

Le rapport sur les conventions réglementées présenté par le représentant légal ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes de la personne morale ou de l'association à l'organe délibérant ou, en l'absence d'organe délibérant, joint aux documents communiqués aux adhérents doit contenir les **mentions** suivantes (C. com. art. R 612-6, ex-décret 2005-1677 du 28 décembre 2005 art. 48) :

- énumération des conventions soumises à l'approbation de l'organe délibérant ou jointes aux documents communiqués aux adhérents en l'absence d'organe délibérant ;
- nom des administrateurs intéressés ou des personnes intéressées assurant un rôle de mandataire social ;
- désignation de l'autre personne morale ayant passé une convention avec la personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique lorsque l'un de ses associés indéfiniment responsable, un de ses dirigeants ou un de ses actionnaires disposant d'une fraction de droits de vote supérieure à 10 % est aussi dirigeant de la personne morale ;
- nature et objet de ces conventions ;
- modalités essentielles de ces conventions. Il s'agit notamment :
  - de l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées et, le cas échéant, toutes autres indications permettant à l'organe délibérant ou aux adhérents d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées.

1.3.3.3 Les conséquences

1.3.3.3.1 Des conventions régulières

Dans les **SARL** comme dans les **sociétés par actions,** lorsqu'une convention réglementée a été soumise aux différentes étapes de contrôle prévues par la loi et que la phase ultime de cette procédure, c'est-à-dire l'approbation par l'assemblée générale des associés, est intervenue, la convention en cause **produit ses effets à l'égard des parties comme à l'égard des tiers,** sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de **fraude** (C. com. art L 225-41, al. 1 pour les SA classiques, L 225-89 pour les SA à directoire).

Dans les SARL, dans les SA et dans les SAS, les éventuelles **conséquences dommageables** pour la société **des conventions approuvées** par l'assemblée générale des associés ou des actionnaires ne peuvent pas être mises à la charge du dirigeant intéressé.

Interprétation a contrario du Code du commerce (articles L 223-19, al. 4 pour les SARL, L 225-41, al. 2 pour les SA classiques, L 225-89, al. 2 pour les SA à directoire, L 227-10, al. 3 pour les SAS) qui dispose que les conventions **non approuvées** produisent néanmoins leurs effets, à charge pour l'intéressé de supporter individuellement ou solidairement, selon les cas, les conséquences du contrat préjudiciable à la société.
Chez **les personnes morales de droit privé non commerçantes** ayant une activité économique, la même solution est applicable et pour les mêmes raisons (interprétation a contrario de C. com. art. L 612-5, al. 5, disposition introduite par la loi NRE).

Lorsque l'assemblée générale désapprouve une convention réglementée autorisée par le conseil d'administration, celle-ci produit quand même ses effets à l'égard des tiers mais les conséquences préjudiciables à la société de cette convention peuvent être mises à la charge du dirigeant intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration (C. com. art. L 225-41, al. 2).

Même si au regard de la procédure des conventions réglementées une convention est régulière, elle n'est cependant pas à l'abri de toute contestation. Ainsi il est possible aux associés de demander une **expertise de gestion** (C. com. art. L 223-37 pour les SARL et L 225-231, al. 1 pour les SA) sur une telle convention.

1.3.3.3.2 Des conventions irrégulières

a. SA

L'irrégularité des conventions réglementées peut résulter, dans les SA d'un défaut d'autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance, d'un défaut de rapport spécial ou de la non-approbation des conventions par l'assemblée générale.

Défaut d'autorisation préalable

Les conventions réglementées conclues sans autorisation préalable peuvent **être annulées** si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société. L'assemblée générale des actionnaires peut toutefois couvrir la **nullité** encourue.

Les conventions irrégulières peuvent en outre entraîner la responsabilité de la personne intéressée.

Les conventions réglementées conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration, dans les SA classiques, ou du conseil de surveillance, dans les SA à directoire, peuvent donc être annulées si elles ont eu des **conséquences dommageables pour la société**.

L'action en nullité, formée par voie d'exception, ne peut être accueillie que s'il est établi que la convention a eu des conséquences dommageables pour la société ou serait susceptible d'en avoir pour l'avenir (CA Paris 27 mars 2003 n° 01-17001, 2e ch. B, Cesari c/ Sté CIABA : RJDA 3/04 n° 331).

Le défaut d'autorisation du conseil d'administration n'entraîne pas la nullité de plein droit de ces conventions qui demeurent valables tant que **l'annulation** n'a pas été **prononcée par le juge** (Cass. com. 3 mai 2000n° 958 D, Sté Arco Plast c/ SA Eurobarket : RJDA 10/00 n° 881).

Le juge peut **annuler partiellement** la convention irrégulière sur le fondement de la divisibilité des obligations qu'elle comporte.

Par défaut d'autorisation préalable il faut entendre le cas où le conseil n'a **pas été consulté** mais aussi celui où il **n'a pas donné son autorisation** ou encore celui où **l'autorisation est irrégulière**, par exemple parce que le dirigeant intéressé a participé au vote (CA Paris 22 novembre 1983, 5e ch. C, Cie française des fontes en coquilles c/ Landrin).

L'action en nullité des conventions non approuvées par le conseil d'administration ou de surveillance se prescrit par **trois ans**, à compter de la date de la convention.
Toutefois, si la convention a été dissimulée, le **point de départ** du délai de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée (C. com. art. L 225-42, al. 2 pour les SA classiques, , L 225-90, al. 2 pour les SA à directoire).

La nullité des conventions réglementées conclues sans autorisation préalable et régulière du conseil d'administration ou du conseil de surveillance peut être couverte par **un vote de l'assemblée générale** intervenant sur **rapport spécial des commissaires aux comptes** exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Seule cette voie peut être suivie pour couvrir la nullité d'une convention réglementée (Cass. 1e civ. 6 octobre 1998 n° 1449 P, Sté Centre de radiologie et de traitement des tumeurs de l'Orangerie c/ Maison de santé de l'Orangerie : RJDA 4/99 n° 432 ; Cass. soc. 29 novembre 2006 n° 2792 FS-P, Sté Papmétal c/ Denieau : BRDA 24/06 inf. 2).

Ces dispositions permettent notamment d'éviter **les situations de blocage** lorsque le conseil d'administration ou de surveillance ne peut pas valablement donner son autorisation. Il en est ainsi lorsque tous les dirigeants ou certains d'entre eux sont intéressés à la convention et que le quorum ne peut pas, dans ces conditions, être obtenu.

L'intéressé ne peut pas prendre part au vote de cette assemblée et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (C. com. art. L 225-42, al. 3 pour les SA classiques, L 225-90, al. 3 pour les SA à directoire).

Le rapport du commissaire aux comptes présenté à l'assemblée destinée à couvrir la nullité des conventions non autorisées par le conseil d'administration ou de surveillance doit comporter toutes les indications prévues par les articles R 225-31 et R 225-58 du Code de commerce pour que les actionnaires puissent **se prononcer en toute connaissance de cause**, faute de quoi la nullité ne sera pas couverte.

Outre la possibilité d'une action en nullité, le défaut d'autorisation du conseil engage la responsabilité de l'intéressé (C. com. art. L 225-42, al. 1 pour les SA classiques, art. L 225-90, al. 1 pour les SA à directoire).

Cette responsabilité est engagée si la convention a causé un **préjudice à la société**.

Défaut de rapport spécial

Le défaut de présentation à l'assemblée générale des actionnaires du rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions conclues, **après autorisation du conseil d'administration**, entre une SA et l'un de ses administrateurs ne suffit pas à priver d'effet ces conventions, la seule sanction étant la mise en cause de la responsabilité des administrateurs intéressés et, éventuellement, du conseil d'administration (Cass. com. 5 novembre 1991 n° 1380 P, Sté Sesa c/ Molle : RJDA 3/92 n° 254).

Défaut d'approbation par l'assemblée des actionnaires

Les cas de nullité restent exceptionnels. Seul le défaut d'autorisation préalable du conseil ou la fraude commise lors de la conclusion de la convention peuvent entrainer la nullité de celle-ci. En dehors de ces deux situations, la convention est valable, que l'assemblée générale des actionnaires l'ait approuvée ou non, qu'elle ait omis de statuer ou n'ait pu le faire (Cass. com. 17 octobre 1967 : JCP 1968 II 15412 note N. Bernard). Ces conventions produisent leurs **effets à l'égard des tiers**.

Ainsi, le **défaut de ratification** par l'assemblée d'une convention réglementée autorisée par le conseil d'administration n'étant **pas une cause de nullité** de la convention.
Même en l'absence de fraude, **les conséquences préjudiciables à la société des conventions désapprouvées** peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration ou du directoire.

L'action en responsabilité contre un administrateur, le directeur général, un membre du directoire ou du conseil de surveillance d'une SA, qui conclut avec la société une convention réglementée sans que celle-ci soit approuvée par l'assemblée des actionnaires, est soumise à la prescription de **trois ans**.

Le **point de départ** de cette prescription est le fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, sa révélation et, si le fait est qualifié de crime, l'action se prescrit par dix ans.

b. SAS

Le **refus d'approbation** par les associés est sans conséquence pour la convention : les conventions non approuvées produisent leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société (C. com. art. L 227-10, al. 3).

Le **défaut de rapport du commissaire aux comptes**, comme le **défaut de consultation des associés**, entraîne les mêmes sanctions que le refus d'approbation (voir Cass. com. 5 novembre 1991 n° 1380 P, Sté Sesa c/ Molle : RJDA 3/92 n° 254 rendu à propos d'une SA n° 149 mais transposable).

Comme pour l'action contre les dirigeants de SA, l'action en responsabilité contre le président ou un dirigeant d'une SAS qui conclut avec la société une convention réglementée sans que celle-ci soit approuvée par les associés, est soumise à la prescription de **trois ans**.

En effet, aux termes de l'article L 227-8 du Code de commerce , les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des SA sont applicables au président et aux dirigeants de la SAS.

c. SARL

Le refus de ratification ou d'autorisation préalable par les associés n'entraîne pas **la nullité des conventions** en cause qui, dans tous les cas, continuent à produire leurs effets (Cass. com. 28 juin 1988 n° 87-11.628, SARL La Girondelle c/ Condomines ; Cass. com. 22 juin 2010 n° 09-13.901 (n° 699 F-D), SARL Label affaire c/ Larran : Dr. sociétés 2010 n° 183).

Les **conséquences dommageables** pouvant en résulter pour la société restent à la charge du gérant et, s'il y a lieu, de l'associé contractant. Si la convention est passée par plusieurs gérants ou associés, leur responsabilité est solidaire (C. com. art. L 223-19, al. 4).

L'inobservation des prescriptions légales, c'est-à-dire **défaut de rapport** du gérant ou du commissaire aux comptes et **défaut de consultation des associés** (ou irrégularité de celle-ci), entraîne les mêmes sanctions que le refus de ratification.

L'action en responsabilité contre un gérant qui conclut avec la société une convention réglementée se prescrit par **trois ans** à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié de crime, l'action se prescrit par dix ans (C. com. art. L 223-23).

Le **point de départ** de cette prescription est, en l'absence de toute dissimulation, la date de conclusion des conventions et non celle de l'assemblée des associés ayant refusé de les approuver (Cass. com. 21 janvier 1997 n° 156 PF, Sté Contact sécurité c/ Sté Delattre-Levivier : RJDA 4/97 n° 525).

d. Personne morale de droit privé ayant une activité économique non commerçante et association subventionnée

Une convention non approuvée produit néanmoins ses effets. Les conséquences préjudiciables à la personne morale résultant d'une telle convention peuvent être mises à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, de l'administrateur ou de la personne assurant le rôle de mandataire social (C. com. art. L 612-5, al. 5, disposition introduite par la loi NRE).

Le défaut de rapport du représentant légal ou du commissaire aux comptes, comme le défaut de consultation de l'organe délibérant (ou d'information des adhérents pour les personnes morales dépourvues d'organe délibérant), entraîne les mêmes sanctions que le refus de ratification (C. com. 28 juin 1988 n° 87-11.628, SARL La Girondelle c/ Condomines , rendu en matière de SARL mais à notre avis transposable).

1.3.4 Les conventions libres

1.3.4.1 La notion d'opération courante conclue à des conditions normales

1.3.4.1.1 Propos liminaires

La plupart des conventions susceptibles d'intervenir entre une société et ses dirigeants ou membres sont soumises à la procédure particulière dite des conventions réglementées.

Par exception, le législateur a toutefois prévu que les conventions portant sur des **opérations courantes** et **conclues à des conditions normales** n'étaient pas soumises à la procédure. Avec la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, ces conventions ne sont même plus soumises à une procédure d'information par l'intéressé (Loi 2011-525 art. 58, 1° 2° et 3° et 59, I modifiant les articles L 225-39, L 225-87, L 225-115 et L 227-11 du Code de commerce).

Jusqu'à la loi 2003-706 du 1er août 2003, dite loi de sécurité financière, cette exception n'était pas prévue pour les conventions conclues avec des **personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique ou certaines associations subventionnées** soumises à la procédure de l'article L 612-5 du Code de commerce .

Désormais, l'application de la procédure d'approbation prévue pour ces personnes morales non commerçantes est exclue pour les conventions courantes conclues à des conditions normales qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, ne sont significatives pour aucune des parties (C. com. art. L 612-5, al. 6).

1.3.4.1.2 Notion d'opération courante

La procédure des conventions réglementées n'est pas applicable aux conventions portant sur des **opérations courantes** conclues à des **conditions normales** (C. com. art. L 223-20 pour les SARL, L 225-39 pour les SA classiques, L 225-87 pour les SA à directoire, L 227-11 pour les SAS).

Il appartient aux tribunaux d'apprécier dans chaque cas d'espèce si la convention portait sur des opérations courantes et a été conclue à des conditions normales.

Sous cette réserve, il semble que les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par la société **d'une manière habituelle dans le cadre de son activité.** Pour déterminer si une convention a été conclue dans des conditions nouvelles, il convient, semble-t-il, de tenir compte des conditions dans lesquelles sont habituellement conclues les conventions semblables, non seulement dans la société en cause, mais encore dans d'**autres du même secteur d'activité** (Rép. Lebas : AN 4 avril 1969 p. 870 n° 4276).

Pour être une opération courante au sens de l'article L 225-39 du Code de commerce, une convention doit avoir été conclue **dans le cadre de l'activité ordinaire de la société** et, s'agissant d'un **acte de disposition,** avoir une **portée limitée** et être arrêtée à des **conditions** suffisamment **usuelles** pour s'apparenter à une opération habituelle (Cass. com. 1er octobre 1996 n° 1313 D, Sté Ariès c/ Sté Paravision International : RJDA 1/97 n° 65).

A titre d'exemple, la question de la nature des **rémunérations versées aux dirigeants associatifs** a été posée à la Compagnie nationale des commissaires aux comptes qui a considéré que celles-ci n'avaient pas un caractère courant, et confirme que ces dernières doivent figurer dans le rapport spécial. Elle précise par ailleurs, que la mention des rémunérations doit être faite nominativement et non globalement.

En revanche, les **simples remboursements de frais** ont été considérés comme pouvant ne pas être mentionnés dans le rapport selon les cas (Bull. CNCC mars 2004 p. 152).

1.3.4.2 Quelques cas d'application

Les textes sont d'application courante pour les ventes, fournitures et prestations de services, et donne d'ailleurs lieu à assez peu de jurisprudence, les difficultés se rencontrant principalement dans les **groupes de sociétés**.

Constituent, par exemple, des opérations courantes conclues à des conditions normales :

- la conclusion de **baux commerciaux et d'habitation** dès lors que les locations sont effectuées par la société d'une manière habituelle, dans le cadre de son **activité statutaire** et qu'elles sont conclues conformément aux **pratiques de sociétés** exerçant dans le même secteur d'activité et se trouvant dans la même situation (CA Paris 17 octobre 2006 n° 05-12158, 3e ch. A, Paste de Rochefort c/ Paste de Rochefort : RJDA 4/07 n° 375) ;
- la rémunération du gérant et les conditions d'acquittement par la SARL des cotisations sociales et professionnelles (CA Paris 25 janvier 2007 n° 05-24853, 3e ch. B, Chabot c/ SARL In Time : RJDA 6/07).

En revanche, ne constituent pas des opérations courantes conclues à des conditions normales :

- une convention conclue entre une SA de construction et une société civile immobilière (SCI) ayant des dirigeants communs, à des **conditions désavantageuses de prix** pour la première et uniquement profitables à la seconde, le marché dégageant une marge inférieure à celle des autres chantiers dont la SA avait également la charge et sans que cette dernière tire un avantage indirect des liens l'attachant aux associés de la SCI (Cass. com. 9 avril 1996 n° 760 P, Pan c/ Bouffard ès qual. : RJDA 8-9/96 n° 1062) ;
- le contrat de location de bureaux consenti à une SA par une autre société, le président de la SA étant associé de la société bailleresse, la signature d'un bail commercial ne faisant pas partie de l'**activité habituelle** de la SA, la signature d'un tel acte générant en outre des **coûts importants,** engageant la société pour neuf ans et la soumettant aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 dont la violation a de lourdes **conséquences pécuniaires** pour le locataire et enfin les **conditions du bail** étant excessives (CA Paris 20 novembre 1998, 16e ch. B, SCI Eljo c/ SA AG plus : RJDA 2/99 n° 187) ;
- les **engagements** qui **ont accordé au président du conseil d'administration** en sa qualité de salarié des **avantages très substantiels** concernant sa **rémunération et ses droits futurs à la retraite,** et qui ont entraîné des conséquences dommageables pour la société (CA Versailles 16 février 2007 n° 06-39, 17e ch., Audouze c/ Sté KDI : RJDA 1/08 n° 49, Bull. Joly 2007 n° 236 note A. Couret) ;
- la signature d'un **bail** engageant la société pour une **durée de ving-trois mois, sans possibilité de donner un congé anticipé,** ne constitue pas une opération courante dès lors qu'une telle convention n'entre pas dans l'activité habituelle de la société telle qu'elle relève de son objet social (CA Agen 3 avril 2007 n° 06-332, ch. civ., Ponomareff c/ SARL Airship Management Services Europe (AMSE) : RJDA 4/08 n° 432, Dr. sociétés 2007 comm. n° 198).

C'est dans les groupes de sociétés que se concentrent les difficultés relatives aux conventions courantes. En effet, d'une part ces **conventions** sont très **nombreuses et diverses** : conventions de trésorerie, locations diverses, fourniture de prestations informatiques ou juridiques, mise à disposition de personnel, etc. D'autre part, les prestations au sein d'un groupe, destinées à favoriser les intérêts de celui-ci, peuvent donner lieu à des abus, voire être constitutives d'abus de biens sociaux.

Dans une étude sur les conventions réglementées au sein des groupes de sociétés, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes a énuméré un certain nombre de conventions courantes à l'intérieur d'un groupe et indiqué, pour chacune d'elles, les conditions qui pourraient être considérées comme normales (Bull. CNCC septembre 1990 p. 289). Pour **certaines opérations,** le **caractère normal** est **présumé.** Tel est le cas, par exemple, des tâches fonctionnelles (organisation générale, contrôle interne, comptabilité, informatique, juridique, formation du personnel, publicité, locations immobilières), du détachement de personnel, des transactions financières (prêts, avances, cautionnement, gestion d'un pool de trésorerie).

Concernant les **conventions de trésorerie,** la Compagnie nationale des commissaires aux comptes considère que le caractère normal des conditions de la transaction doit s'apprécier en fonction, d'une part, de l'importance des montants en cause au regard de la situation des sociétés en présence (notamment des possibilités financières de la société qui en supporte la charge) et, d'autre part, du taux appliqué compte tenu des conditions en vigueur tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe.

Une première décision de justice a confirmé cette analyse en reconnaissant expressément le caractère courant d'une convention de trésorerie dans le cadre d'un groupe de sociétés. Il a en effet été jugé que ne constitue pas une convention soumise à la procédure des conventions réglementées, la convention de trésorerie entre les sociétés d'un groupe qui tend à la **constitution d'un pool de trésorerie géré par une société holding** en fonction des autorisations de découvert de chacune des sociétés du groupe et donnant lieu à paiement d'intérêts, passée à des conditions normales. En effet, une telle convention ne saurait présenter, par nature, un caractère inhabituel dans un groupe de sociétés (CA Versailles 2 avril 2002 n° 00-3930, ch. com. réunies, Sté Clos du Prieuré c/ Souchon ès qual. : RJDA 11/02 n° 1150).

De différentes décisions judicaires se dégage l'idée qu'il existerait une **« normalité » propre aux relations intra-groupe** à l'instar de ce que retient également la jurisprudence relative au délit d'abus de biens sociaux (Cass. crim. 4 février 1985, Rozenblum : D 1985 p. 478 note D. Ohl).

Ainsi, serait normale l'opération répondant aux **conditions** suivantes :

- elle doit être réalisée dans un **intérêt économique, social ou financier commun,** apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ;
- elle ne doit pas être démunie de **contrepartie** ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées ;
- elle ne doit pas excéder les **possibilités financières** de la société qui en supporte la charge.

1.3.5 Le cas des organismes HLM

1.3.5.1 Propos liminaires

Les dispositions des articles L.423-10 à L.423-11-3 du CCH adaptent le régime des conventions réglementées prévu par le Code de commerce aux organismes HLM.

Les conventions réglementées sont soumises à autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance : à défaut, elles peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour l'organisme.

Seules les conventions libres, c'est-à-dire, celles qui portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales (voir ci-dessus) sont exemptées de cette procédure.

1.3.5.2 Articles du Code de la Construction et de l'Habitation

Article L.423-10
(Modifié par Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 - art. 57 JORF 16 juillet 2006)
« *Toute convention, conclue directement ou par personne interposée entre un des organismes mentionnés à l'article L. 411-2 et un de ses dirigeants, un de ses salariés, un de ses administrateurs, un des membres du conseil de surveillance ou une personne morale dans laquelle un de ses dirigeants, un de ses salariés, un de ses administrateurs ou membres du conseil de surveillance exerce des fonctions d'administrateur, de membre du conseil de surveillance ou de dirigeant est subordonnée à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de l'organisme* ».

A**rticle L.423-11**
(Modifié par Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 - art. 57 JORF 16 juillet 2006)
« *Les sociétés d'habitations à loyer modéré soumettent à l'autorisation préalable de leur conseil d'administration ou de leur conseil de surveillance les conventions visées aux articles L. 225-38 à L. 225- 42 ou aux articles L. 225-86 à L. 225-90 du code de commerce, dans les conditions prévues par ces articles.*
Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre un organisme public d'habitations à loyer modéré et son directeur général, l'un de ses directeurs ou l'un de ses administrateurs doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Les conventions auxquelles une des personnes visées au présent alinéa est indirectement intéressée sont également soumises à autorisation préalable.
Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre un organisme public d'habitations à loyer modéré et une entreprise si le directeur général, l'un des directeurs ou l'un des administrateurs de l'organisme est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise ».

Article L.423-11-1
(Modifié par Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 - art. 57 JORF 16 juillet 2006)
« *Les articles L.423-10 et L.423-11 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.*
Ces conventions sont communiquées par l'intéressé au président du conseil d'administration, à l'exception de celles qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, ne sont significatives pour aucune des parties. La liste et l'objet de ces conventions sont communiqués par le président aux membres du conseil d'administration ».

Article L.423-11-2
(Modifié par Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 - art. 57 JORF 16 juillet 2006)
« *L'intéressé est tenu d'informer le conseil dès qu'il a connaissance d'une convention soumise à l'article L.423-11. Il ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée ».*

Article L.423-11-3
(Modifié par Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 - art. 57 JORF 16 juillet 2006)
« *Sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article L.423-11 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour l'organisme. L'action en nullité se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée ».*

2 CHAPITRE 2 : LES OPÉRATIONS DE RESTRUCTURATION DU PATRIMOINE IMMOBILIER

2.1 LES FICHES DE SYNTHÈSE

2.1.1 La cession de biens immobiliers

2.1.1.1 D'une association ou fondation à un organisme HLM

Cession de biens immobiliers			
Vendeur	**Association / Fondation**		P.61 / 74
Acquéreur	**OPH / SA HLM / SCP HLM / SCIC HLM**		P.35/41/45
Opération réalisable	**O**	**N**	
Principales conditions de la réalisation	**Vérifier l'entière disposition du bien à céder** • Vérifier la propriété du bien • Vérifier la possibilité de céder le bien : - L'association déclarée peut librement céder un immeuble qui n'est plus strictement nécessaire à son administration, à la réunion de ses membres ou à l'accomplissement de son objet - L'association RUP peut "faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leur statuts", à condition qu'ils soient nécessaires à leur but. • Vérifier l'absence de clause d'inaliénabilité • En cas de bien indivis, obtenir le consentement unanime de tous les co- indivisaires • Déterminer les charges pesant éventuellement sur le bien à céder (hypothèques…) **Prix de vente fixé librement** • Faire toutefois évaluer le bien immobilier par France Domaine • S'assurer que le prix de cession est au moins égal à la valeur nette comptable du bien et, en cas de financement par emprunt, au capital restant dû • S'assurer que le prix d'acquisition est conforme aux règles d'équilibre financier de l'OLS **Autres conditions** • Vérifier les éventuelles limitations à la cession, aux financements de l'acquisition/construction et de travaux ultérieurs • S'assurer de la transparence de l'opération (délibérations des organes compétents…) • S'assurer du respect du régime des conventions réglementées • S'agissant des associations ou fondations RUP : • Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association (statuts types association RUP, art. 10) ou de la fondation RUP. • L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association (statuts types association RUP, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP • S'agissant des associations déclarées : • Elles peuvent librement aliéner les immeubles qui ne sont plus		P.173.s

	strictement nécessaires à leur administration, à la réunion de leurs membres et à l'accomplissement de leur objet • Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles ou en concéder l'usufruit • Pour toutes les associations : • Déclaration modificative dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les associations • Mention sur le registre spécial		
Régime fiscal	**Impôt sur les sociétés :** Nous avons considéré que les associations/fondations n'exerçaient aucune activité lucrative Exonération de la plus-value de cession **TVA :** L'association/la fondation ne devraient pas être considérées comme des assujettis agissant en tant que tels au sens des règles de TVA en matière immobilière. Le traitement applicable selon la nature des biens cédés figure en annexe (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-9-10 du 30 décembre 2010). **Droits d'enregistrement :** Exonération de droits d'enregistrement lorsque l'acquéreur est un Office Public de l'Habitat (art 1042-I du CGI) Application du régime de droit commun (5.09%) pour les autres structures HLM sauf si engagement de construire ou de revendre pris dans l'acte		P.190
Calendrier de réalisation de l'opération		• Réalisation d'une évaluation du bien	
		• Saisine de France Domaine pour avis consultatif	
		• Vérification des dispositions statutaires (objet social, organe compétent) • Délibérations de l'organe décisionnel compétent de l'association ou la fondation et de l'organisme HLM	
	Au plus tôt un mois après la saisine de France Domaine	• Réception de l'avis de France Domaine • Délibérations de l'AG de l'association ou de la fondation • Délibérations des organes de l'organisme HLM au vu de l'avis de France Domaine • Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi	
		• Réalisation des différents diagnostics immobiliers	
		• Signature de la promesse de vente chez le Notaire	
		• Levées des conditions suspensives (droit de préemption financement…	
		• Réception des pièces administratives par le Notaire	
	J	• Signature de l'acte authentique	

	J + 2 mois au plus tard **J+ 3 mois au plus tard**	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Publication à la Conservation des hypothèques • Pour toutes les associations Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art. 5 Loi 1901) • Inscription sur le registre spécial	

2.1.1.2 D'une association ou fondation à une association ou fondation

<table>
<tr><th colspan="4">Cession de biens immobiliers</th></tr>
<tr><td>Vendeur</td><td colspan="2">Association / Fondation</td><td>P.61/74</td></tr>
<tr><td>Acquéreur</td><td colspan="2">Association / Fondation</td><td>P.61/74</td></tr>
<tr><td>Opération réalisable</td><td>O</td><td>N</td><td></td></tr>
<tr><td>Principales conditions de la réalisation</td><td colspan="2">Vérifier l'entière disposition du bien à céder
• Vérifier la propriété du bien
• Vérifier la possibilité de céder le bien :
- L'association déclarée peut librement céder un immeuble qui n'est plus strictement nécessaire à son administration, à la réunion de ses membres ou à l'accomplissement de son objet ;
- L'association RUP peut " faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leur statuts ", à condition qu'ils soient nécessaires à leur but.
• Vérifier l'absence de clause d'inaliénabilité
• En cas de bien indivis, obtenir le consentement unanime de tous les co-indivisaires
• Déterminer les charges pesant éventuellement sur le bien à céder (hypothèques…)

Prix de vente fixé librement
• * Faire toutefois évaluer le bien immobilier par un professionnel
• * S'assurer que le prix de cession est au moins égal à la valeur nette comptable du bien et, en cas de financement par emprunt, au capital restant dû

Autres conditions
• Vérifier les éventuelles limitations à la cession aux financements de l'acquisition/construction et de travaux ultérieurs
• S'assurer de la transparence de l'opération (délibérations des organes compétents…)
• S'agissant des associations ou fondations RUP :
• Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association (statuts types association RUP, art. 10) ou de la fondation RUP.
• L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association (statuts types association RUP, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP
• S'agissant des associations déclarées :
• Elles peuvent librement aliéner les immeubles qui ne sont plus strictement nécessaires à leur administration, à la réunion de leurs membres et à l'accomplissement de leur objet
• Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles on en concéder l'usufruit</td><td>P.173</td></tr>
</table>

	• Pour toutes les associations : • Déclaration modificative dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les associations • Mention sur le registre spécial		
Régime fiscal	**Impôt sur les sociétés** Nous avons considéré que les associations/fondations n'exerçaient aucune activité lucrative Exonération de la plus-value de cession **TVA** : L'association/la fondation vendeuses ne devraient pas être considérées comme des assujettis agissant en tant que tels au sens des règles de TVA en matière immobilière. Le traitement applicable selon la nature des biens cédés figure en annexe (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-9-10 du 30 décembre 2010) **Droits d'enregistrement :** Application du taux normal de 5,09% (sauf si acquisition d'un immeuble achevé depuis moins de 5 ans acquis par le vendeur en tant qu'immeuble à construire : taux réduit de 0,715 %)		P.190
Calendrier de réalisation de l'opération		• Réalisation d'une évaluation du bien	
		• Vérification des dispositions statutaires (objet social, organe compétent) • Délibérations du CA • Délibérations de l'AG de l'association ou de la fondation • Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi	
		• Réalisation des différents diagnostics immobiliers	
		• Signature de la promesse de vente chez le Notaire	
		• Levées des conditions suspensives (droit de préemption financement…	
		• Réception des pièces administratives par le Notaire	
	J	• Signature de l'acte authentique	
	J + 2 mois au plus tard **J+ 3 mois au plus tard**	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Publication à la conservation des hypothèques Pour toutes les associations: • Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art. 5 Loi 1901) • Inscription sur le registre spécial	

2.1.1.3 D'une association ou fondation à une société d'économie mixte

<table>
<tr><th colspan="4">Cession de biens immobiliers</th></tr>
<tr><td>Vendeur</td><td colspan="2">Association / Fondation</td><td>P.61/74</td></tr>
<tr><td>Acquéreur</td><td colspan="2">SEML</td><td>P.51</td></tr>
<tr><td>Opération réalisable</td><td>O</td><td>N</td><td></td></tr>
<tr><td>Principales conditions de la réalisation</td><td colspan="2">Vérifier l'entière disposition du bien à céder
• Vérifier la propriété du bien
• Vérifier la possibilité de céder le bien :
- L'association déclarée peut librement céder un immeuble qui n'est plus strictement nécessaire à son administration, à la réunion de ses membres ou à l'accomplissement de son objet ;
- L'association RUP peut "faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leur statuts", à condition qu'ils soient nécessaires à leur but.
• Vérifier l'absence de clause d'inaliénabilité
• En cas de bien indivis, obtenir le consentement unanime de tous les co- indivisaires
• Déterminer les charges pesant éventuellement sur le bien à céder (hypothèques…)

Prix de vente fixé librement
• Faire toutefois évaluer le bien par France Domaine
• S'assurer que le prix de cession est au moins égal à la valeur nette comptable du bien et, en cas de financement par emprunt, au capital restant dû
• S'assurer que le prix d'acquisition est conforme aux règles d'équilibre financier de l'OLS

Autres conditions
• Vérifier les éventuelles limitations à la cession aux financements de l'acquisition/construction et de travaux ultérieurs
• S'assurer de la transparence de l'opération (délibérations des organes compétents…)
• S'assurer du respect du régime des conventions réglementées
• S'agissant des associations ou fondations RUP :
• Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association (statuts types association RUP, art. 10) ou de la fondation RUP
• L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association (statuts types association RUP, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP
• S'agissant des associations déclarées :
• Elles peuvent librement aliéner les immeubles qui ne sont plus strictement nécessaires à leur administration, à la réunion de leurs</td><td>P.173 s.</td></tr>
</table>

	membres et à l'accomplissement de leur objet • Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles ou en concéder l'usufruit • Pour toutes les associations : • Déclaration modificative dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les associations • Mention sur le registre spécial		
Régime fiscal	**Impôt sur les Sociétés** Nous avons considéré que l'entité cédante n'exerçait aucune activité lucrative Exonération de la plus-value de cession **TVA** L'association/la fondation vendeuse ne devraient pas être considérées comme des assujettis agissant en tant que tels au sens des règles de TVA en matière immobilière. Le traitement applicable selon la nature des biens cédés figure en annexe (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-9-10 du 30 décembre 2010). **Droits d'enregistrement** En principe exonération de droit de mutation (Article 1042, I du CGI et réponse ministérielle Duboscq du 16/01/1992)		P.190
Calendrier de réalisation de l'opération		• Réalisation d'une évaluation du bien	
		• Saisine de France Domaine pour avis consultatif	
	Au plus tard 15 jours après la délibération du CA ou du CS de la SEML	• Vérification des dispositions statutaires (objet social, organe compétent) • Délibérations de l'organe compétent de l'association ou de la fondation(CA) et de la SEM • Transmission de la délibération du CA ou du CS de la SEM au représentant de l'Etat dans le département où elle a son siège	
	Au plus tôt un mois après la saisine de France Domaine **Au plus tard 15 jours après la délibération de l'AG de la SEML**	• Réception de l'avis de France Domaine • Délibérations de l'AG de l'association ou de la fondation • Délibération de l'AG de la SEM au vu de l'avis de France Domaine • Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi) • Transmission de la délibération de l'AG de la SEM au représentant de l'Etat dans le département où elle a son siège	
		• Réalisation des différents diagnostics immobiliers	
		• Signature de la promesse de vente chez le Notaire	
		• Levées des conditions suspensives (droit de préemption financement…	
		• Réception des pièces administratives par le Notaire	

	J	• Signature de l'acte authentique	
	J + 2 mois au plus tard **J+ 3 mois au plus tard**	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Publication à la conservation des hypothèques Pour toutes les associations: • Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art. 5 Loi 1901) • Inscription sur le registre spécial	

2.1.1.4 D'une association ou fondation à une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société ou société à responsabilité limitée

<table>
<tr><th colspan="4">Cession de biens immobiliers</th></tr>
<tr><td>Vendeur</td><td colspan="2">Association / Fondation</td><td>P.61/74</td></tr>
<tr><td>Acquéreur</td><td colspan="2">SA / SAS / SARL</td><td>P.78/82/86</td></tr>
<tr><td>Opération réalisable</td><td>O</td><td>N</td><td></td></tr>
<tr><td>Principales conditions de la réalisation</td><td colspan="2">Vérifier l'entière disposition du bien à céder
• Vérifier la propriété du bien
• Vérifier la possibilité de céder le bien :
- L'association déclarée peut librement céder un immeuble qui n'est plus strictement nécessaire à son administration, à la réunion de ses membres ou à l'accomplissement de son objet ;
- L'association RUP peut "faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leur statuts", à condition qu'ils soient nécessaires à leur but.
• Vérifier l'absence de clause d'inaliénabilité
• En cas de bien indivis, obtenir le consentement unanime de tous les co-indivisaires
• Déterminer les charges pesant éventuellement sur le bien à céder (hypothèques…)

Prix de vente fixé librement
• Faire toutefois évaluer le bien par un professionnel
• S'assurer que le prix de cession est au moins égal à la valeur nette comptable du bien et, en cas de financement par emprunt, au capital restant dû

Autres conditions
• Vérifier les éventuelles limitations à la cession aux financements de l'acquisition/construction et de travaux ultérieurs
• S'assurer de la transparence de l'opération (délibérations des organes compétents…)
• S'assurer du respect du régime des conventions réglementées
• S'agissant des associations ou fondations RUP :
• Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association (statuts types association RUP, art. 10) ou de la fondation RUP..
• L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association (statuts types association RUP, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP
• S'agissant des associations déclarées :
• Elles peuvent librement aliéner les immeubles qui ne sont plus strictement nécessaires à leur administration, à la réunion de leurs membres et à l'accomplissement de leur objet</td><td>P.173 s.</td></tr>
</table>

		• Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles ou en concéder l'usufruit • Pour toutes les associations : • Déclaration modificative dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les associations • Mention sur le registre spécial	
Régime fiscal		**Impôt sur les Sociétés** Nous avons considéré que la cédante n'exerçait aucune activité lucrative Exonération de la plus-value **TVA** L'association/la fondation vendeuses ne devraient pas être considérées comme des assujettis agissant en tant que tels au sens des règles de TVA en matière immobilière. Le traitement applicable selon la nature des biens cédés figure en annexe (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-9-10 du 30 décembre 2010). **Droits d'enregistrement** Application du taux de droit commun (5.09%) sauf engagement de construire ou de revendre pris dans l'acte Taux réduit de 0,715% sur l'acquisition d'immeuble achevé depuis moins de 5 ans acquis par le cédant en tant qu' « immeuble à construire »	P.190
Calendrier de réalisation de l'opération		• Réalisation d'une évaluation du bien	
		• Vérification des dispositions statutaires (objet social, organe compétent) • Délibérations de l'organe décisionnel des Parties • Délibérations de l'AG des Parties • Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi	
		• Réalisation des différents diagnostics immobiliers	
		• Signature de la promesse de vente chez le Notaire	
		• Levées des conditions suspensives (droit de préemption financement…	
		• Réception des pièces administratives par le Notaire	
	J	• Signature de l'acte authentique	
	J + 2 mois au plus tard **J+ 3 mois au plus tard**	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Publication à la conservation des hypothèques * Pour toutes les associations: • Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art. 5 Loi 1901) • Inscription sur le registre spécial	

2.1.1.5 D'une association ou fondation à une Union d'Economie Sociale

<table>
<tr><th colspan="4">Cession de biens immobiliers</th></tr>
<tr><td>Vendeur</td><td colspan="2">Association / Fondation</td><td>P.61/74</td></tr>
<tr><td>Acquéreur</td><td colspan="2">UES</td><td>P.89</td></tr>
<tr><td>Opération réalisable</td><td>O</td><td>N</td><td></td></tr>
<tr><td>Principales conditions de la réalisation</td><td colspan="2">Vérifier l'entière disposition du bien à céder
• Vérifier la propriété du bien
• Vérifier la possibilité de céder le bien :
- L'association déclarée peut librement céder un immeuble qui n'est plus strictement nécessaire à son administration, à la réunion de ses membres ou à l'accomplissement de son objet ;
- L'association RUP peut "faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leur statuts", à condition qu'ils soient nécessaires à leur but.
• Vérifier l'absence de clause d'inaliénabilité
• En cas de bien indivis, obtenir le consentement unanime de tous les co-indivisaires
• Déterminer les charges pesant éventuellement sur le bien à céder (hypothèques…)

Prix de vente fixé librement
• Faire toutefois évaluer le bien par un professionnel
• S'assurer que le prix de cession est au moins égal à la valeur nette comptable du bien et, en cas de financement par emprunt, au capital restant dû

Autres conditions
• Vérifier les éventuelles limitations à la cession aux financements de l'acquisition/construction et de travaux ultérieurs
• S'assurer de la transparence de l'opération (délibérations des organes compétents…)
• S'assurer du respect du régime des conventions réglementées
• S'agissant des associations ou fondations RUP :
• Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association (statuts types association RUP, art. 10) ou de la fondation RUP.
• L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association (statuts types association RUP, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP
• S'agissant des associations déclarées :
• Elles peuvent librement aliéner les immeubles qui ne sont plus strictement nécessaires à leur administration, à la réunion de leurs membres et à l'accomplissement de leur objet</td><td>P.173 s.</td></tr>
</table>

	• Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles ou en concéder l'usufruit • Pour toutes les associations : • Déclaration modificative dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les associations • Mention sur le registre spécial		
Régime fiscal	**Impôt sur les Sociétés** Nous avons considéré que la cédante n'exerçait aucune activité lucrative Exonération de la plus-value **TVA** L'association/la fondation vendeuses ne devraient pas être considérées comme des assujettis agissant en tant que tels au sens des règles de TVA en matière immobilière. Le traitement TVA applicable selon la nature des biens cédés figure en annexe (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-9-10 du 30 décembre 2010). **Droits d'enregistrement** Application en principe du taux de droit commun de 5,09% sauf si l'UES agit en tant qu'assujetti et prend dans l'acte l'engagement de construire ou de revendre		P.190
Calendrier de réalisation de l'opération		• Réalisation d'une évaluation du bien	
		• Vérification des dispositions statutaires (objet social, organe compétent) • Délibérations de l'organe décisionnel des parties • Délibérations de l'AG des parties • Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi	
		• Réalisation des différents diagnostics immobiliers	
		• Signature de la promesse de vente chez le Notaire	
		• Levées des conditions suspensives (droit de préemption financement…	
		• Réception des pièces administratives par le Notaire	
	J	• Signature de l'acte authentique	
	J + 2 mois au plus tard **J+ 3 mois au plus tard**	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Publication à la conservation des hypothèques Pour toutes les associations: • Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art. 5 Loi 1901 • Inscription sur le registre spécial	

2.1.1.6 D'une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée à un organisme HLM

<table>
<tr><th colspan="4">Cession de biens immobiliers</th></tr>
<tr><td>Vendeur</td><td colspan="2">SA / SAS / SARL</td><td>P.78/82/86</td></tr>
<tr><td>Acquéreur</td><td colspan="2">OPH / SA HLM / SCP HLM / SCIC HLM</td><td>P.35/41/45</td></tr>
<tr><td>Opération réalisable</td><td>O</td><td>N</td><td></td></tr>
<tr><td>Principales conditions de la réalisation</td><td colspan="2">Vérifier l'entière disposition du bien à céder
• Vérifier la propriété du bien
• Vérifier l'absence de clause d'inaliénabilité
• En cas de bien indivis, obtenir le consentement unanime de tous les co-indivisaires
• Déterminer les charges pesant éventuellement sur le bien à céder (hypothèques…)

Prix de vente fixé librement
• Faire toutefois évaluer le bien par France Domaines
• S'assurer que le prix de cession est au moins égal à la valeur nette comptable du bien et, en cas de financement par emprunt, au capital restant dû
• S'assurer que le prix d'acquisition est conforme aux règles d'équilibre financier de l'OLS

Autres conditions
• Vérifier les éventuelles limitations à la cession aux financements de l'acquisition/construction et de travaux ultérieurs
• S'assurer de la transparence de l'opération (délibérations des organes compétents…)
• S'assurer du respect du régime des conventions réglementées</td><td>P.173 s.</td></tr>
<tr><td>Régime fiscal</td><td colspan="2">Impôt sur les sociétés
Imposition de la plus-value de cession

TVA
Le vendeur au cas d'espèce ne devrait pas être considéré comme un assujetti agissant en tant que tel au sens des règles de TVA en matière immobilière. Le traitement TVA en découlant selon la nature des biens cédés figure en annexe (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-9-10 du 30 décembre 2010).

Droits d'enregistrement
Exonération de droits d'enregistrement lorsque l'acquéreur est un office public de l'Habitat (art 1042-I du CGI)
Application du régime de droit commun (5.09%) pour les autres structures HLM sauf si engagement de construire ou de revendre pris dans l'acte (exonération de TPF en vertu de l'Article 1049 du CGI)</td><td>P.190</td></tr>
</table>

Calendrier de réalisation de l'opération		• Réalisation d'une évaluation du bien	
		• Saisine de France Domaine pour avis consultatif	
		• Vérification des dispositions statutaires (objet social, organe compétent) • Délibérations de l'organe compétent de la SA/SAS/SARL et de l'organisme HLM	
	Au plus tôt un mois après la saisine de France Domaine	• Réception de l'avis de France Domaine • Délibérations de l'AG de la SA/SAS/SARL • Délibérations des organes de l'organisme HLM au vu de l'avis de France Domaine	
		• Réalisation des différents diagnostics immobiliers	
		• Signature de la promesse de vente chez le Notaire	
		• Levées des conditions suspensives (droit de préemption financement…	
		• Réception des pièces administratives par le Notaire	
	J	• Signature de l'acte authentique	
	J + 2 mois au plus tard	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Publication conservation hypothèques	

2.1.1.7 D'une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée à une association ou fondation

<table>
<tr><th colspan="4">Cession de biens immobiliers</th></tr>
<tr><td rowspan="2">Vendeur</td><td colspan="2">SA / SAS / SARL</td><td>P.78/82/86</td></tr>
<tr><td colspan="2">Association / Fondation</td><td>P.61/74</td></tr>
<tr><td>Opération réalisable</td><td>O</td><td>N</td><td></td></tr>
<tr><td>Principales conditions de la réalisation</td><td colspan="2">
Vérifier l'entière disposition du bien à céder
• Vérifier la propriété du bien
• Vérifier la possibilité d'acquérir le bien :
- L'association déclarée peut acquérir à titre onéreux, posséder et administrer "que" … le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres "ainsi que" les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose
- L'association RUP ne peut posséder ou acquérir d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elles se proposent
• En cas de bien indivis, obtenir le consentement unanime de tous les co-indivisaires
• Déterminer les charges pesant éventuellement sur le bien à céder (hypothèques…)

Prix de vente fixé librement
• Faire toutefois évaluer le bien par un professionnel
• S'assurer que le prix de cession est au moins égal à la valeur nette comptable du bien et, en cas de financement par emprunt, au capital restant dû

Autres conditions
• Vérifier les éventuelles limitations à la cession aux financements de l'acquisition/construction et de travaux ultérieurs
• S'assurer de la transparence de l'opération (délibérations des organes compétents…)
• S'assurer du respect du régime des conventions réglementées
• S'agissant des associations et fondations RUP :
• Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association (statuts types association RUP, art. 10) ou de la fondation RUP
• L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association (statuts types association RUP, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP
• S'agissant des associations déclarées
• Elles peuvent librement aliéner les immeubles qui ne sont plus strictement nécessaires à leur administration, à la réunion de leurs membres ou à l'accomplissement de leur objet
</td><td>P.173 s.</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td></td><td colspan="2">• Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles ou en concéder l'usufruit
• Pour toutes les associations
• Déclaration modificative dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les associations
• Mention sur le registre spécial</td><td></td></tr>
<tr><td>Régime fiscal</td><td colspan="2">Impôt sur les sociétés
Imposition de la plus-value de cession

TVA
Le vendeur au cas d'espèce ne devrait pas être considéré comme un assujetti agissant en tant que tel au sens des règles de TVA en matière immobilière. Le traitement TVA en découlant selon la nature des biens cédés figure en annexe (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-9-10 du 30 décembre 2010).

Droits d'enregistrement
Application du régime de droit commun (5.09%) sauf si engagement de construire ou de revendre pris dans l'acte</td><td>P.190</td></tr>
<tr><td rowspan="10">Calendrier de réalisation de l'opération</td><td></td><td>• Réalisation d'une évaluation du bien</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>• Vérification des dispositions statutaires (objet social, organe compétent)
• Délibérations de l'organe décisionnel des Parties
• Délibérations de l'AG des Parties
• Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi</td><td></td></tr>
<tr><td rowspan="2"></td><td>• Réalisation des différents diagnostics immobiliers</td><td></td></tr>
<tr><td>• Signature de la promesse de vente chez le Notaire</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>• Levées des conditions suspensives (droit de préemption financement…</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>• Réception des pièces administratives par le Notaire</td><td></td></tr>
<tr><td>J</td><td>• Signature de l'acte authentique</td><td></td></tr>
<tr><td>J + 2 mois au plus tard

J+ 3 mois au plus tard</td><td>Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité

Publication à la conservation des hypothèques

Pour toutes les associations:
• Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art. 5 Loi 1901)
• Inscription sur le registre spécial</td><td></td></tr>
</table>

2.1.1.8 D'une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée à une société d'économie mixte

Cession de biens immobiliers			
Vendeur	**SA / SAS / SARL**		P.78/82/86
Acquéreur	**SEML**		P.89
Opération réalisable	**O**	**N**	
Principales conditions de la réalisation	**Vérifier l'entière disposition du bien à céder** • Vérifier la propriété du bien • Vérifier l'absence de clause d'inaliénabilité • En cas de bien indivis, obtenir le consentement unanime de tous les co-indivisaires • Déterminer les charges pesant éventuellement sur le bien à céder (hypothèques…) **Prix de vente fixé librement** • Faire toutefois évaluer le bien par France Domaines • S'assurer que le prix de cession est au moins égal à la valeur nette comptable du bien et, en cas de financement par emprunt, au capital restant dû • S'assurer que le prix d'acquisition est conforme aux règles d'équilibre financier de l'OLS **Autres conditions** • Vérifier les éventuelles limitations à la cession aux financements de l'acquisition/construction et de travaux ultérieurs • S'assurer de la transparence de l'opération (délibérations des organes compétents…) • S'assurer du respect du régime des conventions réglementées		P.173 s.
Régime fiscal	**Impôt sur les Sociétés** Imposition de la plus-value de cession **TVA** Le vendeur au cas d'espèce ne devrait pas être considéré comme un assujetti agissant en tant que tel au sens des règles de TVA en matière immobilière. Le traitement TVA en découlant selon la nature des biens cédés figure en annexe (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-9-10 du 30 décembre 2010). **Droits d'enregistrement** En principe exonération de droit de mutation (Article 1042, I du CGI et réponse ministérielle Duboscq du 16/01/1992)		P.190

Calendrier de réalisation de l'opération		• Réalisation d'une évaluation du bien	
	Au plus tard 15 jours après la délibération de CA ou du CS de la SEML	• Vérification des dispositions statutaires (objet social, organe compétent) • Délibérations ou décision de l'organe compétent de la SA/SAS/SARL et de la SEM • Transmission de la délibération du CA ou du CS de la SEM au représentant de l'Etat dans le département où elle a son siège	
		• Saisine de France Domaine pour avis consultatif	
	Au plus tôt un mois après la saisine de France Domaine **Au plus tard 15 jours après la délibération de l'AG de la SEML**	• Réception de l'avis de France Domaine • Délibérations de l'AG de SA/SAS/SARL • Délibération de l'AG de la SEM au vu de l'avis de France Domaine • Transmission de la délibération de l'AG de la SEM au représentant de l'Etat dans le département où elle a son siège	
		• Réalisation des différents diagnostics immobiliers	
		• Signature de la promesse de vente chez le Notaire	
		• Levées des conditions suspensives (droit de préemption financement…	
		• Réception des pièces administratives par le Notaire	
	J	• Signature de l'acte authentique	
	J + 2 mois au plus tard	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Publication à la conservation des hypothèques	

2.1.1.9 D'une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée à une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée

<table>
<tr><th colspan="4">Cession de biens immobiliers</th></tr>
<tr><td>Vendeur</td><td colspan="2">SA / SAS / SARL</td><td>P.78/82/86</td></tr>
<tr><td>Acquéreur</td><td colspan="2">SA / SAS / SARL</td><td>P.78/82/86</td></tr>
<tr><td>Opération réalisable</td><td>O</td><td>N</td><td></td></tr>
<tr><td>Principales conditions de la réalisation</td><td colspan="2">Vérifier l'entière disposition du bien à céder
• Vérifier la propriété du bien
• En cas de bien indivis, obtenir le consentement unanime de tous les co-indivisaires
• Déterminer les charges pesant éventuellement sur le bien à céder (hypothèques…)

Prix de vente fixé librement
• Faire toutefois évaluer le bien par un professionnel
• S'assurer que le prix de cession est au moins égal à la valeur nette comptable du bien et, en cas de financement par emprunt, au capital restant dû

Autres conditions
• Vérifier les éventuelles limitations à la cession aux financements de l'acquisition/construction et de travaux ultérieurs
• S'assurer de la transparence de l'opération (délibérations des organes compétents…)
• S'assurer du respect du régime des conventions réglementées</td><td>P.173 s.</td></tr>
<tr><td>Régime fiscal</td><td colspan="2">Impôt sur les sociétés
Imposition de la plus-value

TVA
Le vendeur au cas d'espèce ne devrait pas être considéré comme un assujetti agissant en tant que tel au sens des règles de TVA en matière immobilière. Le traitement TVA en découlant selon la nature des biens cédés figure en annexe (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-9-10 du 30 décembre 2010).

Droits d'enregistrement
Application en principe du taux de droit commun (5.09%) sauf si la SA/SAS et SARL prennent dans l'acte l'engagement de construire ou de revendre</td><td>P.190</td></tr>
</table>

Calendrier de réalisation de l'opération		• Réalisation d'une évaluation du bien	
		• Vérification des dispositions statutaires (objet social, organe compétent) • Délibérations ou décision de l'organe compétent de la SA/SAS/SARL et de la SEM	
		• Délibérations de l'AG de SA/SAS/SARL	
		• Réalisation des différents diagnostics immobiliers	
		• Signature de la promesse de vente chez le Notaire	
		• Levées des conditions suspensives (droit de préemption financement…	
		• Réception des pièces administratives par le Notaire	
	J	• Signature de l'acte authentique	
	J + 2 mois au plus tard	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Publication à la conservation des hypothèques	

2.1.2 La fusion

2.1.2.1 Entre associations (ou fondations)

Fusion		
Absorbante	**Association / Fondation**	P.61/74
Absorbée	**Association / Fondation**	P.61/74
Opération réalisable	**O** / **N**	

Principales observations	**Principe**
	• Sur le plan juridique, la fusion entre associations ainsi que la fusion entre fondations est possible, bien que régie par aucun texte,
	l'association/fondation « absorbée » opérera la dévolution de son patrimoine à l'association/ fondation «absorbante »
	
	Procédure
	• L'opération de fusion peut être prévue dans les statuts
	• A défaut, il est possible de se référer, pour l'essentiel, à la procédure applicable aux fusions des sociétés.
	• En cas de fusion absorption de fondations, le même décret approuve la dissolution de la fondation absorbée, abroge le décret l'ayant reconnue d'utilité publique, approuve le transfert de ses biens à la fondation absorbante et la modification de cette dernière
	
	• Non soumis au droit de préemption d'une collectivité locale (le droit de préemption est réservé par le Code de l'urbanisme aux actes faisant l'objet d'une contrepartie financière ou en nature)
	• S'agissant des associations et fondations RUP :
	  • Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association RUP (statuts types association RUP, art. 10) ou de la fondation RUP
	  • L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association (statuts types association RUP, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP
	• S'agissant des associations déclarées :
	  • Elles peuvent librement aliéner les immeubles qui ne plus nécessaires à leur administration, à la réunion de leurs membres ou à l'accomplissement de leur objet
	  • Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles ou en concéder l'usufruit
	• Pour toutes les associations
	  • Déclaration modificative dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les associations
	  • Mention sur le registre spécial
		P.191 s.

<table>
<tr><td></td><td colspan="2">Effets
• Transmission universelle du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante
• Dissolution sans liquidation de l'absorbée
• Membres de l'absorbée deviennent membres de l'absorbante (sauf démission)</td><td></td></tr>
<tr><td>Régime fiscal</td><td colspan="2">Impôt sur les sociétés
Exonération des plus-values de fusion

TVA
Régime de dispense de TVA prévue en cas de transmission universelle de patrimoine si entre deux assujettis redevables de la TVA (Art. 257 bis CGI).

Droits d'enregistrement
Application du droit fixe de 375 €
TPF due (0.715%) sur les immeubles transférés</td><td>P.196</td></tr>
<tr><td rowspan="5">Calendrier de réalisation des opérations</td><td></td><td>• Vérifications des dispositions statutaires
• Evaluation des biens apportés</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>• Rédaction du projet de fusion</td><td></td></tr>
<tr><td>J</td><td>• Approbation du projet de fusion par les organes de délibérations dans les conditions requises par les statuts à défaut à l'unanimité des sociétaires
• Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi</td><td></td></tr>
<tr><td>J</td><td>• Signature du projet de fusion par devant notaire si transfert de droits réels immobiliers ou de biens immobiliers</td><td></td></tr>
<tr><td>J + 2 mois au plus tard

J+ 3 mois au plus tard</td><td>Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité

Déclaration auprès des administrations fiscales et des organismes sociaux

Publication à la conservation des hypothèques

Pour toutes les associations :
• Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art. 5 Loi 1901)
• Inscription sur le registre spécial</td><td></td></tr>
</table>

2.1.2.2 Entre une association ou fondation et un organisme HLM

Fusion	
Absorbante	Association / Fondation
Absorbée	OPH / SA HLM / SCP HLM / SCIC HLM
Opération réalisable	~~O~~ N
Principales observations	
Régime fiscal	

Fusion	
Absorbante	OPH / SA HLM / SCP HLM / SCIC HLM
Absorbée	Association / Fondation
Opération réalisable	~~O~~ N
Principales observations	
Régime fiscal	

2.1.2.3 Entre une association ou fondation et une société d'économie mixte

Fusion	
Absorbante	Association / Fondation
Absorbée	SEM
Opération réalisable	~~O~~ N
Principales observations	
Régime fiscal	

Fusion	
Absorbante	**SEM**
Absorbée	**Association / Fondation**
Opération réalisable	~~O~~ **N**
Principales observations	
Régime fiscal	

2.1.2.4 Entre une association ou fondation et une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée

Fusion	
Absorbante	Association / Fondation
Absorbée	SA/SAS/SARL
Opération réalisable	~~O~~ N
Principales observations	
Régime fiscal	

Fusion	
Absorbante	**SA/SAS/SARL**
Absorbée	**Association / Fondation**
Opération réalisable	~~O~~ **N**
Principales observations	
Régime fiscal	

2.1.2.5 Entre une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée et un organisme HLM

Fusion	
Absorbante	SA/SAS/SARL
Absorbée	OPH / SA HLM / SCP HLM / SCIC HLM
Opération réalisable	~~O~~ N
Principales observations	
Régime fiscal	

Fusion	
Absorbante	**OPH / SA HLM / SCP HLM / SCIC HLM**
Absorbée	**SA/SAS/SARL**
Opération réalisable	**O** / **N**
Principales observations	Le Ministre du logement peut autoriser à titre exceptionnel une société HLM (SA, SCP ou SCIC) à absorber une société privée dans le but d'étendre son patrimoine ou de diversifier son activité à condition : - Que la société absorbée ait un objet conforme à la finalité d'un organisme HLM ; - Que cela n'entraine aucun dépassement de l'objet social, y compris géographique.
Régime fiscal	

2.1.2.6 Entre une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée et une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée

Fusion		
Absorbante	**SA/SAS/SARL**	P.78/82/86
Absorbée	**SA/SAS/SARL**	P.78/82/86
Opération réalisable	**O** / **N**	
Principales observations	**Conditions de la fusion** • Rédaction d'un "projet de fusion" • Forme authentique si transmission de biens • Désignation d'un Commissaire à la fusion **Effets** • Dissolution de l'entité absorbée • Transmission universelle du patrimoine de celle-ci • Acquisition par les associés de celle-ci de la qualité d'associés de l'absorbante • Rémunération par actions/parts sociales de la société absorbante	P.191 s.
Régime fiscal	**Impôt sur les Sociétés** Exonération de la plus-value si option pour le régime fiscal de faveur des fusions (art.210 A CGI) **TVA** Régime de dispense de TVA prévue en cas de transmission universelle de patrimoine si entre deux assujettis redevables de la TVA (Art. 257 bis CGI). **Droits d'enregistrement** Droit fixe de 375 € ou 500 € selon que le capital de l'absorbante après fusion est inférieur ou supérieur à 225.000 €	P.196

Calendrier de réalisation des opérations		• Vérifications des dispositions statutaires • Evaluation des biens apportés • le cas échéant mise à disposition du CAC et du Commissaire à la fusion de tous les tous éléments leur permettant de commencer leurs travaux. • Etablissement d'une situation comptable de – de 3 mois si les derniers comptes sociaux se rapportent à un exercice clos depuis plus de six mois à la date du projet de fusion	
		• Dépôt d'une requête conjointe par les présidents des deux sociétés au Greffe du tribunal de commerce du siège social de l'absorbante en vue de la désignation d'un Commissaire à la fusion • Le cas échéant, consultation des comités d'entreprise des sociétés absorbante et absorbée	
		• Communication du projet de fusion à un notaire afin de lui permettre d'entamer les formalités relatives auxdits immeubles	
		• Convocation du CA ou du Directoire pour statuer sur le projet de fusion	
	J - 50	• Tenue du CA ou du Directoire	
	J- 50	• Convocation du Conseil de Surveillance	
	J - 35	• Tenue du Conseil de Surveillance	
		• Signature du Projet de fusion par les organes compétents	
	J - 30	• Dépôt du projet de fusion au Greffe du TC du siège social de chaque société. • Publication du projet de fusion dans un journal d'annonces légales faisant courir le délai d'opposition d'un mois	
	J-15 :	• Convocations des actionnaires/ associés / CAC	
	J -8	• Dépôt du rapport du Commissaire à la fusion au Greffe du tribunal de commerce et au siège social de l'absorbante (apports en nature)	
	J	• Tenue des Assemblée générale extraordinaire des deux sociétés	
	J + 30 au plus tard **J + 2 mois au plus tard**	**Accomplissement des formalités** : • Signature de la déclaration de régularité et de conformité pour dépôt au Greffe • Formalités de publicité, inscription modificative au registre du commerce et des sociétés, déclaration auprès des administrations fiscales et des organismes sociaux • Dépôt du projet de fusion au rang des minutes d'un notaire en vue de l'exécution des formalités de publicité foncière. • Publication à la conservation des hypothèques	

2.1.3 L'apport

2.1.3.1 Entre associations (ou fondations)

Apports		
Apporteur	**Association / Fondation**	P.61/74
Bénéficiaire	**Association / Fondation**	P.61/74
Opération réalisable	**O** / **N**	
Principales observations	**Principe** Sur le plan juridique, les opérations d'apport entre associations ou entre fondations sont possibles bien qu'elles ne soient régies par aucun texte. • Une association peut, en outre, prendre des participations ou créer une société commerciale chargée de l'exploitation de ses activités économiques qu'elle peut transférer à celle-ci • Apport partiel d'actif possible • Apport d'immeubles possibles : rédaction d'un acte notarié et publication à la Conservation des hypothèques **Objet de l'apport** • des sommes d'argent, • des biens meubles corporels ou incorporels • des droits immobiliers • des biens immobiliers mais uniquement : - pour les associations déclarées : s'ils sont destinés à l'administration de l'association, à la réunion des membres ou s'ils sont nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle propose ; - pour les associations RUP : s'ils sont nécessaires au but qu'elle propose. L'apport peut être effectué en pleine propriété, en jouissance ou en usufruit L'apport peut être assorti de charges et d'une condition d'affectation expresse sous peine de restitution du bien à l'apporteur **Procédure** • Rédaction d'un acte notarié en cas d'apport d'un immeuble • S'agissant des associations ou fondations RUP : • Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association RUP (statuts types association, art. 10) ou de la fondation RUP • L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association (statuts types association RUP, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP • S'agissant des associations déclarées • Elles peuvent librement hypothéquer les immeubles qui ne sont plus strictement nécessaires à leur administration, à la réunion de	P.196 s.

<table>
<tr><td></td><td colspan="2">leurs membres ou à l'accomplissement de leur objet
• Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles ou en concéder
• Pour toutes les associations
• Déclaration modificative dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les associations
• Mention sur le registre spécial
• Non soumis au droit de préemption d'une collectivité locale (le droit de préemption est réservé par le Code de l'urbanisme aux actes faisant l'objet d'une contrepartie financière ou en nature)

Effet
L'apport emporte transfert de propriété du bien et un droit de reprise peut être prévu au profit de l'apporteur, en cas de retrait de celui-ci ou de dissolution de l'association.</td><td></td></tr>
<tr><td>Régime fiscal</td><td colspan="2">Impôt sur les Sociétés
Nous avons considéré que l'apporteuse n'exerçait aucune activité lucrative
Exonération de la plus-value d'apport

TVA
Opération transparente (art. 257 Bis CGI) si porte sur un ou plusieurs immeubles loués

Droits d'enregistrement
Droit fixe de 375 € y compris lorsque l'apport ne porte que sur un immeuble (appréciation large de la notion de branche complète d'activité)</td><td>P.203</td></tr>
<tr><td rowspan="5">Calendrier de réalisation des opérations</td><td></td><td>• Vérifications des dispositions statutaires
• Evaluation des biens apportés</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>• Rédaction du projet d'apport</td><td></td></tr>
<tr><td>J
(le même jour)</td><td>• Approbation du projet d'apport par les organes de délibérations dans les conditions requises par les statuts à défaut à l'unanimité des sociétaires
• Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi</td><td></td></tr>
<tr><td>J
(le même jour)</td><td>• Signature du projet d'apport par devant notaire si transfert de droits réels immobiliers ou de biens immobiliers</td><td></td></tr>
<tr><td>J + 2 mois au plus tard

J+ 3 mois au plus tard</td><td>Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité

Déclaration auprès des administrations fiscales et des organismes sociaux

Publication à la conservation des hypothèques

Pour toutes les associations:
• Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art. 5 Loi 1901)
• Inscription sur le registre spécial</td><td></td></tr>
</table>

2.1.3.2 Entre une association ou fondation et un organisme HLM

Apports			
Apporteur	**Association / Fondation**		P.61/74
Bénéficiaire	**OPH / SA HLM / SCP HLM / SCIC HLM**		P.35/41/45
Opération réalisable	**O**	**N**	
Principales observations	**Principe** • Sur le plan juridique, l'opération d'apport est possible (sauf pour les OPH, car pas d'augmentation de capital envisageable) • Pour les SA HLM / SCP HLM / SCIC HLM et SCIC, vérifier le respect des règles de détention du capital **Objet de l'apport :** • des sommes d'argent, • des biens meubles corporels ou incorporels • des droits immobiliers • des biens immobiliers mais uniquement : - pour les associations déclarées : s'ils sont destinés à l'administration de l'association, à la réunion des membres ou s'ils sont nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle propose ; - pour les associations RUP : s'ils sont nécessaires au but qu'elle propose. L'apport peut être effectué en pleine propriété, en jouissance ou en usufruit L'apport peut être assorti de charges et d'une condition d'affectation expresse sous peine de restitution du bien à l'apporteur **Procédure** • Rédaction d'un acte notarié en cas d'apport d'un immeuble • S'agissant d'associations ou fondations RUP : • Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association RUP (statuts types association, art. 10) ou de la fondation RUP • L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association RUP (statuts types association, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP • S'agissant des associations déclarées : • Elles peuvent librement aliéner les immeubles qui ne sont plus strictement nécessaires à leur administration, à la réunion de leurs membres ou à l'accomplissement de leur objet • Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles ou en concéder l'usufruit • Pour toutes les associations • Déclaration dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les		P.196 s.

	associations • Mention sur le registre spécial		
Régime fiscal	**Impôt sur les Sociétés** Nous avons présumé que l'apporteuse ne réalisait aucune activité lucrative Exonération des plus-values d'apport **TVA** Régime de dispense de TVA prévue en cas de transmission universelle de patrimoine si réalisée entre deux assujettis redevables de la TVA et si conditions remplies (Art. 257 bis CGI). Dans le cas contraire, l'apport de biens immobiliers est analysé en une cession de biens immobiliers et dépend de la qualité d'assujetti ou non du cédant et de la nature des biens immobiliers cédés (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-3-10 du 15 mars 2010). **Droits d'enregistrement** Gratuit si apport réalisé à titre pur et simple (art. 810 bis CGI) Paiement du droit de mutation à titre onéreux (5.07%) sur le passif apporté en cas d'apport à titre onéreux		P.203
Calendrier de réalisation des opérations		• Vérifications des dispositions statutaires • Identification et valorisation des éléments à transférer et évaluation des biens apportés	
		• Rédaction du projet d'apport • Saisine de France Domaine	
		• Dépôt, au Greffe du tribunal de Commerce d'une requête, aux fins de désignation d'un commissaire aux apports	
		• Désignation d'un commissaire aux apports à l'unanimité des actionnaires depuis la loi Warsmann du 22.03.2012	
	J – 38 **(ou J - 45 si AG)**	• Convocation de l'organe compétent de l'apporteuse et de la bénéficiaire pour autoriser les opérations	
	J - 30	• Réunion de l'organe compétent de l'apporteuse (AG, CA.. en fonction des statuts de la société) : - autorisation d'un d'apport en nature, au profit de la bénéficiaire, - délégation de pouvoir au Président en vue de signer le traité d'apport. • Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi	
	Entre J -30 et J -8	• Signature du projet de traité d'apport. • Transmission du projet de traité d'apport au commissaire aux apports	
	J-15	• Convocation des associés de la bénéficiaire, du CAC et du commissaire aux apports, à l'AG	
	J-8	• Dépôt au greffe du tribunal et au siège social de la bénéficiaire du rapport du commissaire aux apports	

	J	• Tenue de l'AG de la bénéficiaire	
	J +30 au plus tard **J + 2 mois au plus tard** **J+ 3 mois au plus tard**	Accomplissement de toutes formalités d'enregistrement, de dépôt, de publicité légale et inscription modificative au registre du commerce et des sociétés Publication à la conservation des hypothèques Pour toutes les associations : • Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art.5 Loi 1901) • Inscription sur le registre spécial	

2.1.3.3 Entre une association ou fondation et une société d'économie mixte

Apports			
Apporteur	**Association / Fondation**		P.61/74
Bénéficiaire	**SEML**		P.51
Opération réalisable	**O**	**N**	
Principales observations	**Principe** • Sur le plan juridique, opération d'apport possible **Objet de l'apport** • des sommes d'argent • des biens meubles corporels ou incorporels • des droits immobiliers • des biens immobiliers mais uniquement : - pour les associations déclarées : s'ils sont destinés à l'administration de l'association, à la réunion des membres ou s'ils sont nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle propose ; - pour les associations RUP : s'ils sont nécessaires au but qu'elle propose. L'apport peut être effectué en pleine propriété, en jouissance ou en usufruit L'apport peut être assorti de charges et d'une condition d'affectation expresse sous peine de restitution du bien à l'apporteur **Procédure** • Rédaction d'un acte notarié en cas d'apport d'un bien immobilier • S'agissant des associations ou fondations RUP : • Décisions concernant la constitution d'hypothèques, les échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi doivent faire l'objet d'un vote en conseil d'administration et être approuvées par l'assemblée générale de l'association RUP (statuts types association, art. 10) ou de la fondation RUP • L'acte d'approbation des organes compétents n'est valable qu'après autorisation donnée par arrêté du Préfet du département dans lequel est situé le siège de l'association RUP (statuts types association, art. 11 al. 2) ou de la fondation RUP • S'agissant des associations déclarées : • Elles peuvent librement aliéner les immeubles qui ne sont plus strictement nécessaires à leur administration, à la réunion de leurs membres ou à l'accomplissement de leur objet • Elles peuvent également librement hypothéquer leurs immeubles ou en concéder l'usufruit • Pour toutes les associations • Déclaration dans les trois mois à la Préfecture pour toutes les associations • Mention sur le registre spécial		P.196 s.

Régime fiscal	**Impôt sur les sociétés** Nous avons présumé que l'apporteuse n'exerce aucune activité lucrative Exonération de la plus-value d'apport **TVA** Régime de dispense de TVA prévue en cas de transmission universelle de patrimoine si réalisée entre deux assujettis redevables de la TVA et si conditions remplies (Art. 257 bis CGI)**.** Dans le cas contraire, l'apport de biens immobiliers est analysé en une cession de biens immobiliers et dépend de la qualité d'assujetti ou non du cédant et de la nature des biens immobiliers cédés (cf. tableaux des règles de TVA applicables aux opérations immobilières inclus dans l'Instruction 3A-3-10 du 15 mars 2010). **Droits d'enregistrement** Gratuit pour les apports à titre pur et simple Droit de mutation à titre onéreux (5.09%) sur le passif transféré en cas d'apport à titre onéreux		P.203
Calendrier de réalisation des opérations		• Vérifications des dispositions statutaires • Identification et valorisation des éléments à transférer et évaluation des biens apportés	
		• Rédaction du projet d'apport • Saisine de France Domaine	
		• Dépôt, au Greffe du tribunal de Commerce d'une requête, aux fins de désignation d'un commissaire aux apports • Depuis la loi Warsmann du 22.03.2012, le commissaire aux apports peut être désigné à l'unanimité des actionnaires	
		• Désignation d'un commissaire aux apports	
	J – 38 **(ou J - 45 si AG)** **Au plus tard jour après le délibération du CA ou du CS de la SEML**	• Convocation de l'organe compétent de l'apporteuse et de la bénéficiaire pour autoriser les opérations. • Transmission de la délibération du CA ou du CS de la SEM au représentant de l'Etat dans le département où elle a son siège	
	J - 30	• Réunion de l'organe compétent de l'apporteuse (AG, CA.. en fonction des statuts de la société) : - autorisation d'un d'apport en nature, au profit de la bénéficiaire, - délégation de pouvoir au Président en vue de signer le traité d'apport. • Transmission de l'acte d'approbation de l'opération au Préfet pour autorisation (pour les associations ou fondations reconnues d'utilité publique : si constitution d'hypothèques, échanges, aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi	
	Entre J -30 et J -8	• Signature du projet de traité d'apport • Transmission du projet de traité d'apport au commissaire aux apports	

	J-15	• Convocation des associés de la bénéficiaire, du CAC et du commissaire aux apports, à l'AG	
	J-8	• Dépôt au greffe du tribunal et au siège social de la bénéficiaire du rapport du commissaire aux apports	
	J **Au plus tard jour après le délibération du CA ou du CS de la SEML**	• Tenue de l'AG de la bénéficiaire • Transmission de la délibération de l'AG de la SEM au représentant de l'Etat dans le département où elle a son siège	
	J +30 au plus tard **J + 2 mois au plus tard** **J+ 3 mois au plus tard**	Accomplissement de toutes formalités d'enregistrement, de dépôt, de publicité légale et inscription modificative au registre du commerce et des sociétés Publication à la conservation des hypothèques Pour toutes les associations : • Déclaration modificative auprès de la préfecture du département dans lequel elle a son siège social (art. 5 Loi 1901) • Inscription sur le registre spécial	

2.1.3.4 Entre une association ou fondation et une société anonyme ou société par actions simplifiée ou société à responsabilité limitée

Apports	
Apporteur	SA / SAS / SARL
Bénéficiaire	Association / Fondation
Opération réalisable	~~O~~ N
Principales observations	
Régime fiscal	

2.1.3.5 Entre une société anonyme ou société par actions simplifiée ou une société à responsabilité limitée et une société anonyme ou société par actions simplifiée ou une société à responsabilité limitée

Apports			
Apporteur	**SA / SAS / SARL**		P.78/82/86
Bénéficiaire	**SA / SAS / SARL**		P.78/82/86
Opération réalisable	**O**	**N**	
Principales observations	**Principe** Sur le plan juridique, opération d'apport possible quelle que soit la forme juridique de l'apporteuse et de la bénéficiaire **Objet de l'apport** • Apport en numéraire • Apport en nature (des biens meubles corporels ou incorporels, des droits immobiliers, des biens immobiliers) **Procédure** • Rédaction d'un contrat d'apport • Délibération des Conseils d'administration • Désignation d'un Commissaire aux apports • Dépôt au greffe du traité d'apport • Tenue d'Assemblées Générales Extraordinaires • Rémunération de l'apporteur constituée de titres du bénéficiaire • Apport d'un droit réel immobilier opposable aux tiers qu'après accomplissement des formalités de publicité foncière **Effet** En contrepartie, la société apporteuse reçoit des titres (parts ou actions) de la société bénéficiaire		P.196 s.
Régime fiscal	**Impôt sur les sociétés** Plus-value imposable sauf lorsque l'apport porte sur une Branche Complète d'Activités pouvant sur option bénéficier du régime fiscal de faveur des fusions **TVA** Régime de dispense de TVA prévue en cas de transmission universelle de patrimoine si réalisée entre deux assujettis redevables de la TVA et si conditions remplies (Art. 257 bis CGI). **Droits d'enregistrement** Apport d'une branche complète d'activité : droit fixe de 375 ou 500 € selon que le capital de la bénéficiaire après l'apport sera inférieur ou supérieur à 225.000 €		P.203

Calendrier de réalisation des opérations		• Vérifications des dispositions statutaires • Identification et valorisation des éléments à transférer et évaluation des biens apportés	
		• Rédaction du projet d'apport	
		• Dépôt, au Greffe du tribunal de Commerce d'une requête, aux fins de désignation d'un commissaire aux apports. • Depuis la loi WARSMAN du 22.03.2012, le commissaire aux apports peut être désigné à l'unanimité des actionnaires ou des associés	
		• Désignation d'un commissaire aux apports	
	J – 38 **(ou J - 45 si AG)**	• Convocation de l'organe compétent de l'apporteuse et de la bénéficiaire pour autoriser les opérations	
	J - 30	Réunion de l'organe compétent de l'apporteuse (AG, CA.. en fonction des statuts de la société) : - autorisation d'un d'apport en nature, au profit de la bénéficiaire, - délégation de pouvoir au Président en vue de signer le traité d'apport	
	Entre J -30 et J -8	• Signature du projet de traité d'apport • Transmission du projet de traité d'apport au commissaire aux apports	
	J-15	• Convocation des associés de la bénéficiaire, du CAC et du commissaire aux apports, à l'AG	
	J-8	• Dépôt au greffe du tribunal et au siège social de la bénéficiaire du rapport du commissaire aux apports	
	J	• Tenue de l'AG de la bénéficiaire	
	J+ 30 au plus tard **J + 2 mois au plus tard**	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Accomplissement de toutes formalités d'enregistrement, de dépôt, de publicité légale et inscription modificative au registre du commerce et des sociétés Publication à la conservation des hypothèques	

2.1.3.6 Entre une société anonyme ou société par actions simplifiée ou une société à responsabilité limitée et un organisme HLM

<table>
<tr><th colspan="4">Apports</th></tr>
<tr><td>Apporteur</td><td colspan="2">SA / SAS / SARL</td><td>P.78/82/86</td></tr>
<tr><td>Bénéficiaire</td><td colspan="2">OPH / SA HLM / SCP HLM / SCIC HLM / SEML</td><td>P.35/41/45</td></tr>
<tr><td>Opération réalisable</td><td colspan="2">O / N</td><td></td></tr>
<tr><td>Principales observations</td><td colspan="2">Principe
• Apport en principe possible (sauf pour les OPH, car pas d'augmentation de capital envisageable)
• Pour les SA HLM/ SCP HLM / SCIC HLM et SCIC, vérifier le respect des règles de détention du capital

Objet de l'apport
• Apport en numéraire
• Apport en nature (des biens meubles corporels ou incorporels, des droits immobiliers, des biens immobiliers

Procédure
• Rédaction d'un contrat d'apport
• Délibération des Conseils d'administration
• Désignation d'un Commissaire aux apports
• Dépôt au greffe du traité d'apport
• Tenue d'Assemblées Générales Extraordinaires
• Rémunération de l'apporteur constituée de titres du bénéficiaire
• Apport d'un droit réel immobilier opposable aux tiers qu'après accomplissement des formalités de publicité foncière

Effet
En contrepartie, la société apporteuse reçoit des titres (parts ou actions) de la société bénéficiaire</td><td>P.196 s.</td></tr>
<tr><td>Régime fiscal</td><td colspan="2">Nous prenons l'hypothèse que l'apporteur et le bénéficiaire sont des sociétés soumises à l'IS.
Conséquence : régime fiscal de la fiche 2.1.3.5</td><td>P.203</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Calendrier de réalisation des opérations</td><td></td><td>• Vérifications des dispositions statutaires
• Identification et valorisation des éléments à transférer et évaluation des biens apportés</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>• Rédaction du projet d'apport
• Saisine de France Domaine</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>• Dépôt, au Greffe du tribunal de Commerce d'une requête, aux fins de désignation d'un commissaire aux apports
• Depuis la loi Warsmann du 22.03.2012, le commissaire aux apports peut être désigné à l'unanimité des actionnaires ou des associés</td><td></td></tr>
</table>

		• Désignation d'un commissaire aux apports.	
	J – 38 **(ou J - 45 si AG)** **Au plus tard jour après le délibération du CA ou du CS de la SEML**	• Convocation de l'organe compétent de l'apporteuse et de la bénéficiaire pour autoriser les opérations. • Transmission de la délibération du CA ou du CS de la SEM au représentant de l'Etat dans le département où elle a son siège	
	J - 30	Réunion de l'organe compétent de l'apporteuse (AG, CA.. en fonction des statuts de la société) : - autorisation d'un d'apport en nature, au profit de la bénéficiaire, - délégation de pouvoir au Président en vue de signer le traité d'apport.	
	Entre J -30 et J -8	• Signature du projet de traité d'apport. • Transmission du projet de traité d'apport au commissaire aux apports	
	J-15	• Convocation des associés de la bénéficiaire, du CAC et du commissaire aux apports, à l'AG	
	J-8	• Dépôt au greffe du tribunal et au siège social de la bénéficiaire du rapport du commissaire aux apports	
	J **Au plus tard jour après le délibération du CA ou du CS de la SEML**	• Tenue de l'AG de la bénéficiaire • • Transmission de la délibération de l'AG de la SEM au représentant de l'Etat dans le département où elle a son siège	
	J+ 30 au plus tard **J + 2 mois au plus tard**	**Accomplissement des formalités de publicité pour opposabilité** Accomplissement de toutes formalités d'enregistrement, de dépôt, de publicité légale et inscription modificative au registre du commerce et des sociétés Publication à la conservation des hypothèques	

2.1.4 Le bail emphytéotique (Pages 204 à 212)

<table>
<tr><th colspan="4">Bail emphytéotique</th></tr>
<tr><td>Définition</td><td colspan="2">Le bail emphytéotique (ou contrat d'emphytéose) est un bail d'une durée de 18 ans au moins et de 99 ans au plus. Il porte sur des immeubles.</td><td>P.204</td></tr>
<tr><td>Dispositions législatives et réglementaires</td><td colspan="2">Bail emphytéotique (BE) de droit privé : art. L 451-1 à L 451-13 du Code rural
Depuis la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent consentir sur leur domaine public des baux emphytéotiques à des personnes privées
Bail emphytéotique administratif (BEA) : art L. 1311 et suivants du CGCT</td><td></td></tr>
<tr><td>Nature du droit</td><td colspan="2">Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel immobilier susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Le bien peut être loué ou sous-loué
Etant constitutif d'un droit réel immobilier, il doit être publié au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble loué</td><td></td></tr>
<tr><td>Bailleur</td><td colspan="2">Toute personne disposant du droit d'aliéner
BEA réservé aux seules collectivités territoriales</td><td></td></tr>
<tr><td>Emphytéote</td><td colspan="2">Toute personne capable d'acquérir et de s'obliger</td><td></td></tr>
<tr><td rowspan="2">Spécificités</td><td>BE Privé</td><td>BEA</td><td></td></tr>
<tr><td>Objet du bail
L'emphytéose peut s'appliquer à un immeuble d'habitation ou un immeuble à usage industriel et commercial
Durée du bail
* Compris entre 18 ans et 99 ans
* La tacite reconduction n'est pas possible (art. L. 451-1 du Code rural)
Montant du loyer
La loi ne comporte aucune disposition relative à la fixation du montant du "canon emphytéotique" qui est traditionnellement modeste, voire symbolique. La modicité de loyer a pour contrepartie des charges plus lourdes
Droits et obligations
• Le bailleur
- Il perçoit la redevance et devient propriétaire des améliorations / constructions à l'issue du bail
- Si l'emphytéote réalise des constructions ou des améliorations, il en profite, à la fin du bail, sans avoir à verser d'indemnité au locataire sortant : rien n'interdit cependant de prévoir que le bailleur recevra les constructions et améliorations réalisées par l'emphytéote à charge de verser à celui-ci une indemnité.
Le bailleur peut également vendre les droits qu'il tient du bail emphytéotique.</td><td>Objet du bail
Destiné à l'accomplissement, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence
Durée du Bail
* Compris entre 18 ans et 99 ans

Droits et obligations
Certains aspects du régime juridique du BEA, en principe calqué sur celui du BE de droit privé

- La cession est soumise à l'agrément de la collectivité territoriale
- L'hypothèque, si elle demeure envisageable, est limitée à la garantie des emprunts finançant la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué et le contrat constitutif de la sûreté doit être approuvée par la collectivité territoriale à peine de nullité.</td><td></td></tr>
</table>

Spécificités (suite)	• **l'emphytéote** : - Il peut donner à bail les immeubles qu'il édifie. Il peut également sous-louer les immeubles qu'il a pris à bail emphytéotique. Le bail emphytéotique ne peut par conséquent contenir aucune clause interdisant, limitant ou réglementant le droit de louer ou de sous-louer de l'emphytéote - Il dispose d'une grande liberté d'exploitation du bien - Il **doit assumer toutes les charges** et les grosses réparations - Il ne peut pas vendre le terrain ou l'immeuble objet de son emphytéose ; par conséquent, **il ne peut pas consentir lui-même de bail emphytéotique sur le bien qu'il tient déjà lui-même à bail emphytéotique : il doit exercer personnellement son droit d'emphytéose ou le céder.** **Fin du bail** A l'expiration du BE le bien devient la propriété du bailleur, sans qu'il ait à verser une indemnité. S'agissant des baux passés par l'emphytéote il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un bail d'habitation ou d'un bail commercial : - Le bail d'habitation : la Cour de Cassation considère que le bail est opposable au propriétaire, aucun texte ne lui permettant de s'exonérer de l'application des dispositions d'ordre public de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Il lui incombera de mettre fin au bail en délivrant un congé au locataire dans le strict respect de l'article 15 de cette loi (congé ne pouvant intervenir qu'en fin de contrat, avec un préavis de six mois et nécessairement motivé par le souhait de reprendre le local pour l'habiter, pour le vendre ou en raison d'un motif légitime et sérieux) - Le bail commercial : aux termes de l'article L. 145-3, in fine, du Code de commerce, si les dispositions statutaires s'appliquent, dans les cas prévus aux articles L. 145-1 et L. 145-2, aux baux passés par les emphytéotes, ce n'est que sous la réserve expresse que « la durée du renouvellement consenti à leurs sous-locataires n'ait pas pour effet de prolonger l'occupation des lieux au-delà de la date d'expiration du bail emphytéotique ». Par conséquent, le titulaire d'un bail commercial ne peut, à l'expiration du bail emphytéotique, prétendre à aucun droit au renouvellement et au paiement d'une indemnité d'éviction	**Fin du bail** A l'expiration du BEA le bien devient la propriété du bailleur, sans qu'il ait à verser une indemnité. En principe, les biens doivent lui revenir libres de toute occupation. Aucune disposition ne règle la situation d'un éventuel sous-occupant, il convient donc de le prévoir dans le bail	

Régime fiscal	**Impôt sur les sociétés** ***Bailleur*** Assujettissement du loyer à l'impôt sur les sociétés en principe au taux de droit commun sous réserve du statut spécifique du bailleur au regard de l'impôt sur les sociétés ***Preneur*** Loyers et dépenses d'entretien, de réparation déductibles en application des règles fiscales propres à la nature du preneur et à la nature des dépenses Les dépenses ayant le caractère de travaux d'amélioration, d'aménagement, ... doivent être immobilisées et amorties sur la durée normale d'utilisation de chaque élément ou sur la durée du bail si celle-ci est plus courte. ***Cession des droits du bailleur et du preneur*** Bailleur et preneur : application du régime d'imposition des plus ou moins-values immobilières. En effet, il s'agit d'une cession de droits réels immobiliers **TVA** Option possible du bailleur pour l'application de la **TVA sur les loyers** Lors de la cession de ses droits par le preneur : application possible de la TVA en fonction de la nature de la nature du bien sur lequel porte le droit dont il s'agit **Droits d'enregistrement** Acte constitutif d'un bail emphytéotique : TPF à 0,715% sauf si option pour la TVA Assujettissement des loyers à la contribution sur les revenus locatifs pour les personnes morales sauf si option pour la TVA Cession par le bailleur de ses droits : application du régime fiscal des mutations d'immeubles (Art. 1378 bis du CGI) - application de la formalité fusionnée Cession par le preneur de ses droits : application du régime fiscal des mutations d'immeubles (Art. 1378 bis du CGI) - application de la formalité fusionnée	P.212 - 213

2.1.5 Le bail à réhabilitation (pages 213 à 224)

Bail à réhabilitation		
Définition	Le bail à réhabilitation est un contrat passé entre le propriétaire d'un bien immobilier et un « preneur » pour : l'amélioration, la réhabilitation du bien par des travaux, sa location à usage d'habitation uniquement, notamment à des personnes défavorisées, sa restitution au propriétaire en bon état d'entretien au terme du bail	P.213
Dispositions législatives et réglementaires	Art. L 252-1 à L 252-4 du Code de la construction et de l'habitation (CCH), circulaire n° 94-17 du 27 avril 1994 (BOMET 30 mai, p.27).	
Nature du droit	Le bail à réhabilitation confère au preneur un droit réel immobilier susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Le bien peut être loué ou sous-loué. Etant constitutif d'un droit réel immobilier, il doit être publié au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble loué	
Forme du Bail	Par acte authentique car constitutif d'un droit réel	
Bailleur	Toute personne propriétaire de l'immeuble	
Preneur	Soit un organisme HLM, soit une SEM (dont l'objet est de construire et de donner à bail des logements), soit une collectivité territoriale, soit un organisme bénéficiant de l'agrément relatif à la MOI prévu à l'article L.365-2	
Spécificités	**Durée du bail** Le bail à réhabilitation doit être consenti pour plus de 12 ans, pas de prolongation par tacite reconduction **Objet du bail** L'immeuble du bailleur sera destiné à un usage exclusif de location (3 ans renouvelable sur durée de la convention) pour l'habitation principale **Droits et obligations** • **Le bailleur** - Ses droits : Il doit avoir le droit d'aliéner et avoir l'entière propriété (nue-propriété et usufruit). Il peut demander le versement d'un loyer et retrouve à l'issue du bail, l'entière propriété de son bien, libre d'occupation s'il le souhaite. Il conserve la possibilité de faire certains actes de disposition pendant la durée du bail et sous réserve des droits du preneur. Il peut donc céder ses droits de propriété sur l'immeuble sans condition. - Ses obligations : Il doit conclure le bail avec l'une des personnes morales habilitées et est tenu de mettre l'immeuble à disposition du preneur pendant la durée du bail. • **Le preneur** - Ses droits : Peut gérer l'immeuble, louer les logements, hypothéquer son droit sur l'immeuble et le céder à un autre organisme preneur. Il perçoit les loyers. - Ses obligations : Tenu de réaliser les travaux prévus dans le bail, les travaux d'entretien courant et de réparation de l'immeuble, de conclure avec le Préfet une convention et de louer les logements	

Spécificités (suite)	**Fin du bail :** Au terme contractuellement prévu, les améliorations effectuées par le preneur profitent, sans indemnisation, au bailleur, qui retrouve tous les pouvoirs de propriétaire sur son bien. En principe, les locaux réhabilités doivent lui revenir libres de toute occupation. Il en va différemment lorsque le bailleur propose aux occupants en place un contrat de location qui ne peut être un contrat HLM. Si tel n'est pas le cas, le preneur doit les reloger. L'article L 252-4 du CCH énonce que six mois avant la date d'expiration du bail, le bailleur peut proposer aux occupants un contrat de location prenant effet à cette date. A défaut, le preneur est tenu d'offrir aux occupants un logement correspondant à leurs besoins et à leurs possibilités. Si cette proposition de location ou de relogement est refusée, il faudrait considérer qu'il perd tout droit d'occupation, devant alors restituer l'immeuble libre de toute occupation et location.	
Régime fiscal	**EN COURS DE BAIL** **Impôt sur les sociétés** ***Bailleur*** Les loyers sont en principe imposables à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun, sous réserve du statut spécifique du bailleur au regard de l'impôt sur les sociétés ***Preneur*** Les loyers sont déductibles de même que les travaux d'entretien courant et de réparation dans les conditions de droit commun Les travaux d'amélioration, de réhabilitation sont immobilisés et amortis sur la durée normale d'utilisation de chaque élément ou sur la durée du bail si celle-ci est plus courte **TVA** La location de l'immeuble destiné à être loué pour un usage d'habitation est en principe exonérée de TVA **Droits d'enregistrement** Le bail est soumis à la taxe de publicité foncière à 0,715% sauf exonération due à une délibération du conseil général Les loyers peuvent être assujettis à la contribution sur les revenus locatifs (personnes morales) **AU TERME DU BAIL** **Impôt sur les sociétés** ***Bailleur*** L'accroissement de la valeur de l'immeuble résultant des travaux effectués par le preneur et sans indemnité, constitue un bénéfice imposable de l'exercice au cours duquel le bailleur retrouve la disposition de son immeuble selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (16 11 1981 n° 16111). La doctrine administrative considère face à un contrat de bail avec une obligation de faire des travaux, que ceux-ci constituent un supplément de loyers, imposables au fur et à mesure de l'exécution des travaux (DB 4 A 242) ***Preneur*** Le transfert sans indemnité des travaux immobilisés constitue une perte déductible correspondant à la valeur résiduelle (cas des amortissements sur une durée supérieure à celle du contrat de bail)	P.224

2.1.6 Le bail à construction (pages 225 à 230)

Bail à construction		
Définition	Convention par laquelle le preneur s'engage à titre principal à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail » (article L 251-1 à L 251-9 du CCH).	P.225
Dispositions législatives et réglementaires	Art. L 251-1 à L 251-9 et R 251-1 à R 251-3 du CCH	
Nature du droit	Le bail à construction confère au preneur un droit réel sur le terrain et un droit de propriété sur les constructions qu'il y édifie. Le preneur peut céder tout ou partie de ses droits et peut consentir les servitudes Etant constitutif d'un droit réel immobilier, il doit être publié au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble loué	
Bailleur	Toute personne physique ou morale ayant la propriété d'un bien	
Preneur	Toute personne physique ou morale ayant la capacité de s'obliger	
Spécificités	**Durée :** Comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans (d'après l'article L.251-1 alinéa 3 du Code de la Construction et de l'Habitation). **Droit et obligations** • **Le bailleur :** - Ses droits : Le bailleur reste propriétaire du terrain. Il peut le vendre, le donner, l'apporter à titre gratuit ou onéreux ou encore hypothéquer son droit. - Ses obligations : Le bailleur doit mettre le terrain loué à la disposition du preneur et doit lui en garantir la jouissance paisible. Il peut renoncer à son droit d'aliéner le terrain pendant la durée du bail. • **Le preneur** - Ses droits : **Droits sur le terrain et sur les constructions :** Le preneur acquiert sur le terrain loué un droit réel immobilier *(article L.251-3)*. Il pourra donc l'hypothéquer. En revanche, sur **les constructions préexistantes**, il peut n'avoir qu'un **droit personnel de jouissance ou même aucun droit du tout**. **Droit de constituer des servitudes :** Une disposition du contrat de bail peut seulement lui interdire d'en constituer si elles ne sont pas indispensables à l'édification des constructions. **Droit de démolir les constructions existantes :** Le contrat peut lui interdire ce droit. En cas de silence du contrat sur ce point, le preneur pourra démolir les constructions existantes si elles gênent la réalisation de ses travaux, et devra les reconstruire une fois ses constructions édifiées. **Droit de céder le bail ou de l'apporter en société :** Cette disposition est d'ordre public	

Spécificités (suite)	**Fin du Bail** Les parties conviennent de fixer librement leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées (article L. 251-2). A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations. Trois situations envisageables : * retour des constructions sans indemnité au bailleur * maintien des constructions et vente du terrain * remise au bailleur du terrain nu et libre L'article L. 251-6 précise que les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions s'éteignent à l'expiration du bail. La jurisprudence applique ce texte strictement (cf. Cass. 3e civ., 10 févr. 2004, n° 03-10102. - Cass. 3e civ., 14 nov. 2007, n° 06-18.133 qui refusent toute indemnité d'éviction au preneur à bail commercial). Le preneur du bail à construction n'est pas tenu de restituer les locaux vides de toute occupation dès lors que cette obligation n'a pas été mise à sa charge (CA Paris, 25 févr. 2009 : JurisData n° 2009-376492).	
Régime fiscal	**EN COURS DE BAIL** **Impôt sur les sociétés** ***Bailleur*** Les loyers sont en principe imposables à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun, sous réserve du statut spécifique du bailleur au regard de l'impôt sur les sociétés ***Preneur*** Les loyers sont déductibles de même que les travaux d'entretien courant et de réparation dans les conditions de droit commun Les travaux d'amélioration, de réhabilitation sont immobilisés et amortis sur la durée normale d'utilisation de chaque élément ou sur la durée du bail si celle-ci est plus courte. **TVA** La location de l'immeuble destiné à être loué pour un usage d'habitation est en principe exonérée de TVA **Droits d'enregistrement** Le bail est soumis à la taxe de publicité foncière à 0,715% sauf exonération due à une délibération du conseil général. Les loyers peuvent être assujettis à la contribution sur les revenus locatifs (personnes morales). **AU TERME DU BAIL** **Constructions revenant sans indemnité au bailleur** **Impôt sur les sociétés** **Bailleur** Lorsque la durée du bail est au moins égale à 30 ans, la remise des constructions ne donne lieu à aucune imposition Lorsque la durée du bail est comprise entre 18 et 30 ans, le revenu brut correspondant à la valeur des constructions transférées est égal aux prix de revient desdites constructions, sous déduction d'une décote égale à 8% par année de bail au-delà de la 18ème année.	P.229 - 230

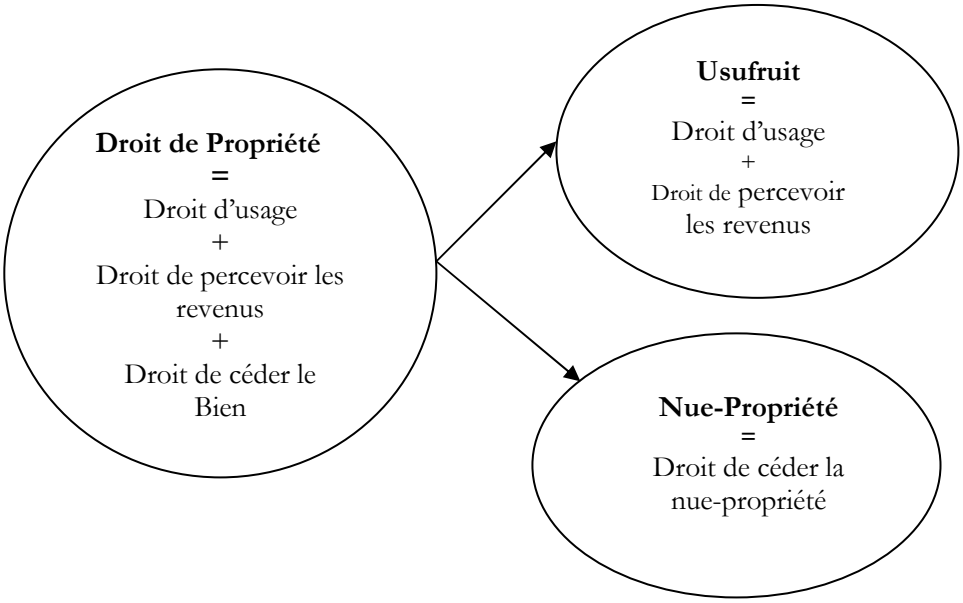
	L'imposition peut être échelonnée sur 15 ans Ces constructions sont inscrites à l'actif du bailleur pour une valeur égale à leur prix de revient, sous déduction d'une décote égale à 8% par année de bail au-delà de la 18ème année Cette valeur sert de base au calcul des amortissements **Transfert du terrain au preneur** **Impôt sur les sociétés** **Bailleur** Il réalise une véritable cession d'un terrain et le profit en résultant doit être considéré comme une plus-value et soumise en tant que tel au régime d'imposition qui lui est propre **Preneur** La somme versée pour l'acquisition du terrain n'est pas déductible mais doit être immobilisée **TVA/ Droits d'enregistrement** Le bail comporte une clause de transfert de propriété au profit du preneur au terme du contrat Le régime de la vente du terrain au preneur dépend de la nature du terrain (terrain à bâtir, terrain non à bâtir)	

2.1.7 Le démembrement de droit de propriété (pages 233 – 241)

Le Démembrement de propriété		
Définition	Le démembrement de propriété est un mécanisme juridique légal qui permet de séparer la nue-propriété d'un bien immobilier de son usufruit. La nue-propriété, comme son nom l'indique, concerne la propriété du dit bien alors que l'usufruit concerne la jouissance, l'exploitation de ce bien.	P.233
Dispositions législatives et réglementaires	Art. 578 à 624 du Code Civil	
Nature du droit	Droit réel immobilier conférant à son titulaire une partie seulement des prérogatives attachées au droit de propriété	
Nu propriétaire	Toute personne physique ou morale ayant la propriété d'un bien	
Usufruitier	Toute personne physique ou morale ayant la capacité de s'obliger	
Spécificités	**Droit et obligations** • **Le nu-propriétaire :** Il ne détient que l'abusus. Mais il ne peut toutefois pas disposer du bien en pleine propriété, il n'a juridiquement que la possibilité de disposer de son droit réel de nu-propriétaire. Il ne doit pas nuire aux droits de l'usufruitier. Il est toutefois investi d'un droit de surveillance de l'état de son bien dont il doit assurer les réparations importantes (grosses réparations) • **L'usufruitier :** Il dispose du droit d'user et de jouir de la chose sur laquelle porte l'usufruit. Il peut de plein droit soit l'occuper ou le louer librement et percevoir des loyers. Il peut donc bénéficier des fruits du bien mais pas des produits car ceux-ci expriment la substance de la chose que l'usufruitier a l'obligation de ne pas altérer. Il doit jouir du bien en bon père de famille. Il est tenu d'administrer celui-ci et de veiller à son entretien, ce rôle lui impose donc d'assurer les charges usufructuaires. L'usufruitier est tenu d'effectuer les réparations d'entretien, mais les dépenses les plus importantes, doivent être mises à la charge du nu-propriétaire. **Extinction de l'usufruit** • L'extinction de l'usufruit donne lieu à la restitution du bien en nature au nu-propriétaire SAUF en cas de perte de la chose. En cas de détérioration, l'usufruitier est tenu d'indemniser le nu-propriétaire. En revanche une amélioration apportée au bien n'autorise pas l'usufruitier à réclamer une contrepartie au nu-propriétaire. • Le sort des locations d'habitation consenties : - Si l'usufruitier avait consenti un bail d'habitation au cours de l'usufruit (qui s'est éteint), ce bail se poursuit jusqu'à son terme si celui-ci est égal ou inférieur à 9 ans, même s'il avait été renouvelé. Le nu-propriétaire doit patienter alors même qu'il n'a jamais donné son accord à l'occupation de son logement par le(s) locataire(s). Il peut donner congé passés les 9 ans au locataire en se fondant seulement sur l'article 595 alinéa 2 du Code civil).	

	- Si en revanche le bail était d'une durée supérieure à 9 ans, il n'est opposable au nu-propriétaire que dans la limite d'une durée de 9 ans à compter de la conclusion du contrat (s'il n'a jamais été renouvelé) ou de son dernier renouvellement, s'il a eu lieu avant la cessation de l'usufruit. Passés les 9 ans, le nu-propriétaire peut donner congé au locataire en son fondant sur l'article 595 alinéa 2 du Code civil.	
Régime fiscal	**Evaluation de la nue-propriété et de l'usufruit entre personnes morales** Un usufruit constitué au profit d'une personne morale ne peut avoir une durée supérieure à 30 ans. Sa valeur maximale est de 69% de la valeur en pleine propriété de l'immeuble. **Nu-propriétaire** L'immeuble dont la propriété est démembrée est inscrit à l'actif du nu-propriétaire qui est le seul titulaire du droit à l'amortir. La base d'amortissement est soit la valeur de la nue-propriété si l'immeuble a été acquis en nue-propriété, soit son prix d'origine si le démembrement a lieu après son acquisition. Il déduit les charges afférentes à l'immeuble. Il est imposé sur la plus-value de cession de l'immeuble selon le régime des plus-values. **Usufruitier** Il ne peut déduire que les charges supportées pour faire face à ses obligations d'usufruitier. Si l'immeuble est donné en location, il est imposé sur les loyers à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun. Il peut amortir le droit d'usufruit dont il est titulaire si ce dernier est inscrit à son actif (immobilisation) et qu'il est soumis à une dépréciation. **Cession des droits de nue-propriété et d'usufruit** **Impôt sur les sociétés** S'agissant de droits réels immobiliers, la cession est soumise aux règles des plus-values. **TVA / Droits d'enregistrement** L'usufruit est un droit réel immobilier et assimilé au régime des livraisons d'immeubles. Les opérations portant sur les droits assimilés aux immeubles sont soumises à la TVA (de plein droit ou sur option selon la nature de l'immeuble auquel ils se rapportent) lorsqu'elles sont réalisées par un assujetti agissant en tant que tel. L'assujettissement à la TVA ou aux droits d'enregistrement va donc dépendre du régime de l'immeuble auxquels les droits se rapportent.	P.240 - 241

Le Démembrement de propriété (Schéma)



Au terme de l'usufruit : reconstitution automatique de la pleine propriété sur la tête du nu-propriétaire

2.2 LA PRÉSENTATION DES DIFFÉRENTES FORMES D'INTERVENTION

2.2.1 Le transfert de patrimoine

En fonction de la nature de la structure retenue pour réaliser les activités de maîtrise d'ouvrage d'insertion, les modalités de transfert de patrimoine seront variables et auront des caractéristiques et des incidences fiscales différentes.

Nous étudierons donc dans leurs principes, les cinq modalités de transfert de patrimoine suivantes :

- la vente ;
- les opérations de fusions, de scission et la transmission universelle de patrimoine ;
- l'apport partiel d'actif ;
- l'apport en nature.

2.2.1.1 La cession de patrimoine

2.2.1.1.1 Le régime juridique

2.2.1.1.1.1 Les parties

A. L'identification des parties

L'identification des parties, du vendeur et de l'acheteur, ne comporte, généralement, pas de difficulté particulière. L'identité, l'état et le domicile des parties, s'ils ne sont pas connus du notaire, sont établis par la production de tous documents justificatifs à celui-ci, qui engage sa responsabilité à cet égard, notamment s'il ne vérifie pas l'adresse effective du vendeur.

Les parties doivent être désignées dans l'acte selon les règles qui régissent la publicité foncière.

Pour les **personnes morales**, l'acte de vente doit comporter leur dénomination exacte. Il doit préciser, pour les sociétés, leur forme juridique, leur siège social et la date de leur constitution définitive, ainsi que leur numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Pour les **associations**, il doit indiquer leur siège, la date et le lieu de leur déclaration à la préfecture, de même que la date du Journal Officiel contenant l'insertion prévue par les textes.

Toutes ces précisions sont établies au vu de la copie de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés et des statuts.

B. Capacité et pouvoir des parties à contracter

La capacité juridique se définit comme l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à les exercer. La capacité de contracter constitue l'une des conditions essentielles de validité des conventions (C. civ., art. 1108).

Selon l'article 1594 du Code civil, « tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre ». Ainsi, la capacité est la règle et l'incapacité l'exception.

On distingue toujours l'incapacité de jouissance, qui est une inaptitude à acquérir et à être titulaire de droits, et l'incapacité d'exercice qui ne comporte que l'inaptitude pour le titulaire de droits à les exercer.
Si les incapacités d'exercice peuvent être générales et s'appliquer à tous les actes juridiques de l'incapable, les incapacités de jouissance sont devenues très rares et ne sont plus jamais que spéciales, c'est-à-dire limitées à certains actes particuliers. Diverses incapacités de jouissance, fondées sur l'ordre public ou sur la protection des particuliers, peuvent concerner les ventes d'immeubles.

Représentation de l'Etat et des collectivités locales
Les opérations immobilières des collectivités locales, qu'il s'agisse d'acquisitions ou d'aliénations de biens immobiliers, sont assujetties à des règles particulières consistant, en particulier, en une consultation du service des domaines et dans le respect des règles présidant à la décision de vendre ou d'acquérir.

Les immeubles du domaine privé de l'**Etat** sont aliénés par le service des domaines qui en recouvre le prix (C. dom. Et., art. L 54).

En application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (JO 30 janv.), dite loi Sapin, et de la loi n°95-127 du 8 février 1995 (JO 9 févr.), les cessions d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une commune de plus de 2 000 habitants, un département ou une région doivent être précédées d'une délibération motivée de l'assemblée délibérante portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles, au vu de l'avis du service des domaines qui est réputé donné à l'issue du délai d'un mois à compter de sa saisine (CGCT, art. L 2241-1). La délibération doit justifier le choix du cocontractant lorsque plusieurs offres ont été faites à la commune, laquelle conserve cependant sa liberté de vendre de gré à gré à qui elle veut un bien de son domaine privé.

Mais la cession par une commune à l'euro symbolique d'un terrain à une société pour un motif d'intérêt général de création d'emplois a été admise par le Conseil d'Etat, dès lors que l'acquéreur devait en cas d'inexécution de cet engagement, rembourser à la commune le prix du terrain tel qu'il avait été évalué par le service des domaines.

Les **collectivités locales** sont représentées par leurs organes d'exécution (président du conseil régional, pour la région, président du conseil général, pour le département, maire pour la commune) qui doivent passer l'acte aux conditions arrêtées par l'organe délibérant (conseil régional, conseil général, conseil municipal), faute de quoi la vente serait nulle de nullité absolue.

Représentation des associations
Les associations non déclarées, n'ayant pas la personnalité morale, ne peuvent ni acheter, ni vendre (L. 1er juill. 1901, art. 2, JO 2 juill.). Il en va de même de tout organisme qui n'a pas la personnalité civile, comme les paroisses (Cass. 3e civ., 15 sept. 2010, no 09-67.761, AJDI 2010, p. 824).

Les **associations déclarées** ne peuvent acquérir et vendre que le local destiné à leur administration et à la réunion de leurs membres, ainsi que « les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent » (L. 1er juill. 1901, art. 6).
Tel n'est pas le cas de l'acquisition, par une association de défense des intérêts matériels de ses adhérents, de l'immeuble de l'un de ses adhérents en difficulté financière, afin de lui en conférer la jouissance.

Les **associations reconnues d'utilité publique** ne peuvent posséder ou acquérir d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elles se proposent (L. 1er juill. 1901, art. 11).

Les **associations étrangères**, dont la capacité juridique dépend de leur loi nationale, sont soumises le plus souvent aux règles des associations déclarées et ne peuvent acquérir ou vendre que les immeubles nécessaires à leur but.

Les associations sont représentées par des administrateurs ou par un président dont les pouvoirs sont fixés par les statuts. Mais, sauf disposition expresse des statuts, ils n'ont que des pouvoirs d'administration.

Les acquisitions ou aliénations doivent donc, en principe, être décidées par l'assemblée générale.

Représentation des sociétés civiles et commerciales

Les sociétés civiles et commerciales ont toutes, sauf les sociétés en participation, la personnalité morale à compter de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés (C. civ., art. 1842, al. 1er et D. no 78-704, 3 juill. 1978, JO 7 juill.).

Pendant la vie sociale, les sociétés agissent, conformément aux lois et règlement et à leurs statuts, par leurs représentants légaux ou statutaires qui expriment leur consentement et passent en leur nom les contrats d'achat ou de vente d'immeubles.
La représentation des sociétés dépend, suivant leur nature et leur forme, de la loi et des statuts.

Mais, dans toutes les sociétés, les clauses statutaires limitant les pouvoirs des organes sociaux de représenter la société sont inopposables aux tiers.
A l'égard des tiers, la société est donc engagée par les actes de ses représentants, pourvu qu'ils entrent dans l'objet social, lorsqu'il s'agit de sociétés civiles, de sociétés en nom collectif ou de sociétés en commandite simple (C. civ., art. 1849, al. 1er ; L. no 66-537, 24 juill. 1966, art. 14 et 24, JO 26 juill.).
Les autres sociétés sont même engagées envers les tiers par les actes de leurs représentants qui ne relèvent pas de leur objet social, à moins de prouver que les tiers savaient que l'acte dépassait l'objet social ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances, la seule publication des statuts ne suffisant pas à constituer cette preuve.

La représentation de la société à l'égard des tiers dépend ainsi, en principe, uniquement de la détermination légale des pouvoirs des organes sociaux. Si, dans les rapports entre associés et avec la société, les règles statutaires limitant ces pouvoirs doivent s'imposer, cela ne concerne que les rapports internes à la société et la responsabilité de ses dirigeants ayant dépassé leurs pouvoirs, mais n'a pas d'incidence sur la validité objective de la vente consentie à un tiers.

La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne pouvant résulter que de la violation d'une disposition impérative de la loi ou de l'une des causes de nullité des contrats en général (C. civ., art. 1844-10, al. 3), une décision de l'assemblée générale d'une SCI de vendre l'immeuble social, prise à la majorité simple, ne peut être annulée au motif que les statuts exigeaient une autorisation des associés représentant plus de 80 % du capital social (Cass. 3e civ., 13 avr. 2010, no 09-65.538, BPIM Lefebvre 2010, no 3, no 228, p. 23).

Les gérants des **sociétés civiles immobilières** de vente engagent ces sociétés envers les tiers par les actes de vente qu'ils passent.

Toutefois, sauf dans le domaine des sociétés immobilières, l'achat et la vente d'immeubles n'entrent pas, le plus souvent, dans l'objet social et la simple signature du gérant d'une société civile ou d'une société commerciale de personnes ne saurait suffire, en l'absence d'une délibération des associés lui donnant expressément pouvoir d'acheter ou de vendre l'immeuble.

Dans toutes les sociétés, la détermination légale des pouvoirs de représentation des dirigeants sociaux a pour effet, tout en assurant la sécurité des cocontractants, de leur permettre de contracter au nom de la société. S'agissant d'acquérir ou de vendre des immeubles, donc d'actes graves, une prudence particulière s'impose au rédacteur d'acte qui doit vérifier les pouvoirs légaux et statutaires des représentants sociaux, les délibérations relatives à cet acte et sa conformité à l'objet social.

2.2.1.1.1.2 L'immeuble

A. La propriété de l'immeuble

L'immeuble vendu doit appartenir au vendeur. La vente de la chose d'autrui est nulle (C.civ., art. 1599).

S'agissant d'une nullité relative, elle peut être couverte et s'efface quand, avant toute action en nullité, tout risque d'éviction de l'acheteur a disparu, notamment quand le vendeur a acquis, entre-temps, la propriété de la chose vendue par lui.

Vente d'un immeuble indivis

La vente d'un bien immobilier détenu en indivision est tout à fait possible toutefois, selon l'article 815-3 du Code civil, les actes de dispositions relatifs aux biens indivis requièrent le consentement unanime de tous les indivisaires.

Aliénabilité de l'immeuble

L'immeuble doit exister à la date de réalisation de la vente. La vente de biens ou de droits qui n'existeraient pas lors de la vente, n'auraient jamais existé et ne seraient pas susceptibles d'exister dans l'avenir, serait nulle, de nullité absolue : l'obligation de l'acquéreur serait sans cause ; celle du vendeur, sans objet.

La vente peut cependant porter sur une chose future (C. civ., art. 1130, al. 1er) comme par exemple les ventes d'immeubles.

En revanche, selon l'article 1601, alinéa 1er, du Code civil, « si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle ».

Les **aliénations immobilières des collectivités locales**, en particulier des communes, portant sur des biens de leur domaine privé, sont soumises à une procédure particulière, depuis la loi n°95-127 du 8 février 1995 (JO 9 févr.), comportant notamment l'obligation de consulter le service des domaines avant toute décision de vendre (CGCT, art. L 2241-1, al. 3). La vente de tels biens à un prix très inférieur à l'estimation du service des domaines est alors en principe illégale, si la collectivité n'entend pas consentir à l'acquéreur une aide indirecte en application des dispositions prévues à cet égard par le Code général des collectivités territoriales.

B. La détermination de l'immeuble vendu

La détermination de la chose vendue est indispensable à la vente. Sans elle, il ne pourrait y avoir d'accord sur la chose vendue et ce en application du principe de l'article 1129, alinéa 1er, du Code civil, selon lequel il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. Cela implique une individualisation de l'immeuble vendu.

Dans les ventes d'immeubles, la chose vendue est presque toujours parfaitement déterminée. Mais, de même que la vente de droit commun peut ne porter que sur une chose déterminable dans son espèce et sa quotité mais non encore individualisée (C. civ., art. 1129, al. 1er), la vente d'immeuble peut avoir pour objet une chose seulement déterminable.

Les règles de la publicité foncière imposent une identification suffisante de l'immeuble.

La **désignation** doit être assez **précise** pour éviter toute contestation ultérieure. Cette désignation doit d'abord répondre aux exigences du décret no 55-22 du 4 janvier 1955 (art. 7, JO 7 janv.), selon lequel tout acte soumis à publicité doit indiquer, pour chacun des immeubles qu'il concerne, sa nature, sa situation, sa contenance et sa désignation cadastrale.

Lorsque la vente porte sur des lots de copropriété, l'acte doit également préciser la désignation des lots conforme à celle figurant au règlement de copropriété, avec leur numéro et l'énoncé des parties privatives et des parties communes concernées (L. no 79-2, 2 janv. 1979, JO 3 janv.). La désignation de l'immeuble vendu après une opération de division doit comporter celle de l'immeuble avant division, les références cadastrales et le numéro du lot vendu, ainsi que l'indication de la partie restant au propriétaire initial.

C. La consistance de l'immeuble vendu

La vente peut également porter sur d'autres droits que celui de propriété, qu'il s'agisse de droits réels principaux ou accessoires.

La vente immobilière porte d'abord, à titre principal, sur les immeubles par nature : les fonds de terre et les bâtiments. L'article 552 du Code civil prévoyant que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, la vente d'un immeuble porte, en principe, à la fois sur le sol, le sous-sol, les constructions et les végétaux qui s'y trouvent.

La **vente du sol** peut avoir pour objet des terrains non bâtis, à bâtir ou non, ou des terrains bâtis. Le régime juridique et fiscal varie avec la nature et l'affectation des biens vendus, notamment pour le contrôle de l'administration sur leur usage, la division et la constructibilité des sols.

Quant à la **vente d'immeubles construits**, elle emporte en principe à la fois vente des constructions ou ouvrages et vente du sol. Mais il arrive que la propriété du sol et celle des constructions soient dissociées, **notamment dans le cas de baux à construction**.

La vente d'un fonds englobe aussi celle des immeubles par destination qui lui sont attachés, sauf volonté contraire des parties.

L'article 524 du Code civil qualifie d'**immeubles par destination** « les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds ».

Cela suppose que les biens en question appartiennent au même propriétaire que l'immeuble par nature auquel ils sont affectés. Seuls peuvent être considérés comme immeubles par destination, les objets placés par le propriétaire sur le fonds comme étant indispensables et directement affectés à l'exploitation dudit fonds.

Quand la vente porte à la fois sur des immeubles par nature et des immeubles par destination, ceux-ci doivent être spécialement désignés et faire l'objet d'un prix particulier, sous peine du refus de l'enregistrement ou du dépôt.

Outre des biens corporels, la vente peut avoir pour objet des **droits incorporels** portant sur l'immeuble: usufruit, servitude, emphytéose, bail à construction, etc.

Les droits objets d'une vente immobilière sont qualifiés d'immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

Accessoires de l'immeuble vendu
En principe l'accessoire suit le principal, dès lors la vente d'un immeuble emporte normalement celle de ses accessoires, sauf stipulation contraire. Cela concerne les biens destinés à son usage et sans lesquels cet usage, tel que l'ont envisagé les parties, ne serait pas possible. Les actes stipulent souvent que les immeubles sont vendus « avec toutes aisances et dépendances ».

Charges grevant l'immeuble vendu
L'immeuble vendu peut être grevé d'hypothèques et de privilèges immobiliers, droits réels accessoires par lesquels l'immeuble est affecté à la garantie d'une dette et qui permettent à leurs titulaires de saisir l'immeuble, en quelques mains qu'il se trouve, et de se faire payer par préférence sur le prix. **Ces sûretés sont incorporées à l'immeuble et subsistent malgré son aliénation.** Le créancier hypothécaire est en droit d'agir contre les acquéreurs de l'immeuble. Les acquéreurs peuvent, cependant, purger les privilèges et hypothèques. Le tiers acquéreur offre alors aux créanciers hypothécaires de leur verser le prix d'acquisition. Si les créanciers acceptent, l'immeuble se trouve purgé des hypothèques inscrites.
S'ils refusent, ils doivent faire une surenchère du dixième. Il est également possible de déléguer le prix aux créanciers inscrits ; il est alors nécessaire qu'ils interviennent à l'acte de vente et y acceptent la délégation consentie en leur faveur par le vendeur.

Quand la dette garantie a été contractée pour les besoins de l'immeuble grevé, notamment pour sa construction ou pour des réparations, il serait logique qu'elle suive l'immeuble et que les propriétaires précédents soient libérés. Mais il n'existe pas, en principe, de cession de dette en droit français, sauf quand la loi établit une substitution de plein droit de l'acquéreur au vendeur.

Les **servitudes** préexistantes ou créées à l'occasion d'une vente, quand il s'agit de véritables servitudes et non de simples obligations personnelles, sont aussi attachées aux fonds en faveur et à la charge desquels elles sont établies. Elles ne peuvent en être détachées pour être cédées séparément, mais se transmettent activement avec le fonds dominant et passivement avec le fonds servant.

D. Les règles spécifiques à certains types d'immeubles

Toutes les ventes d'immeubles ne sont pas soumises exactement au même régime. Ce n'est pas la même chose de vendre des immeubles bâtis que de vendre des terrains nus, des biens ruraux ou des terrains à bâtir, des immeubles dans des zones de protection de la nature, dans des zones de risques ou des installations classées

Seules certaines ventes spécifiques seront examinées compte tenu du cadre qui nous intéresse en l'espèce.

La vente d'immeubles bâtis
Si l'on fait abstraction, ici, des droits de préemption susceptibles de les affecter et de leur régime fiscal pour les droits d'enregistrement et pour les plus-values immobilières, les ventes d'immeubles bâtis sont soumises à des particularités juridiques dont certaines varient d'ailleurs selon qu'il s'agit d'immeubles neufs ou anciens.

A titre liminaire, il convient de rappeler que toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire est réputée constructeur de cet ouvrage (C. civ., art. 1792-1) et tenue de la responsabilité décennale et de la garantie biennale, conformément aux articles 1792 et suivants du Code civil.

L'article L 243-2 du Code des assurances dispose que, lorsqu'un acte intervenant avant l'expiration du délai de dix ans prévu à l'article 1792-4-1 du Code civil a pour effet de transférer la propriété du bien, mention doit être faite dans le corps de l'acte ou en annexe de l'existence ou de l'absence d'assurance.

E. L'information relative à l'état de l'immeuble

Pour assurer la protection des biens et des personnes, des textes divers relatifs à la lutte contre l'amiante, le plomb et les termites, les installations au gaz et le réseau électrique..., ont été établis, et des exigences d'états et de diagnostics techniques imposées (par exemple, diagnostic de performance énergétique : DPE) instaurées.

L'ordonnance no 2005-655 du 8 juin 2005 (JO 9 juin), ratifiée par la loi no 2006-872 du 13 juillet 2006 (JO 16 juill.) dite engagement national pour le logement, est à l'origine d'une harmonisation des modalités d'établissement des états et constats permettant l'information et la protection des acquéreurs et des preneurs de biens immobiliers Elle prévoit en outre, la production des états dans un document unique.

Le décret no 2006-1653 du 21 décembre 2006 (JO 23 déc.) précise les durées de validité des états, constats et diagnostics qui doivent être établis lors des ventes de biens immobiliers.

Le document unique appelé «dossier de diagnostic technique » comprend :

- un constat des risques d'exposition au plomb,
- un constat des risques d'amiante,
- un état se rapportant à la présence de termites,
- un état des installations intérieures de gaz,
- un état des risques naturels et technologiques,
- un diagnostic de performances énergétiques,
- un état des installations intérieures d'électricité,
- un contrôle des installations d'assainissement non collectif (depuis le 1er janvier 2011).

2.2.1.1.1.3 Le prix de vente

A. Détermination du prix

Il s'agit d'un élément nécessaire à la formation du contrat, le prix constitue l'objet de l'obligation de l'acheteur et la cause de celle du vendeur.
Sa détermination par les parties dans le contrat est une condition essentielle de la vente (C. civ., art. 1591).

Le prix de la vente consiste nécessairement en une somme d'argent que l'acheteur s'oblige à payer au vendeur. **Sans prix, le contrat ne serait pas une vente.**

La détermination du prix est en principe le fruit d'une négociation entre le vendeur et l'acheteur qui disposent sur ce point d'une totale liberté, sous la seule réserve du contrôle de l'administration fiscale et des droits des tiers.

Il est cependant de principe que les propriétés publiques ne peuvent être cédées à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé, à des prix inférieurs à leur valeur (Cons. const., 25-26 juin 1986, no 86-207, Rec. CE, p. 61, RJC, I, p. 254, Grandes décisions du Conseil constitutionnel, 9e éd., no 40), sauf lorsqu'ils sont justifiés par des motifs d'intérêt général et comportent des contreparties suffisantes.

Quant aux acquisitions immobilières réalisées par les collectivités territoriales, la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, article 23 (JO 12 déc.), dite loi MURCEF, qui en a allégé les formalités de contrôle, ne prévoit plus qu'une simple obligation pour la collectivité de recueillir l'avis du service des Domaines avant de prendre sa délibération.

L'indétermination du prix entraîne, en revanche, la nullité absolue de la vente.

B. Etablissement du prix

Le prix est généralement **chiffré** par les parties dans l'avant-contrat, puis dans le contrat. Il peut être fixé en capital ou sous forme de rente, spécialement de rente viagère.

Il faut, en tout cas, que le prix soit **déterminé** ou, au moins, **déterminable**, selon les clauses du contrat, par référence à des éléments objectifs qui ne dépendent plus de la volonté des parties. L'exigence d'un prix déterminé ou déterminable n'interdit pas de prévoir des clauses de révision en fonction d'indices objectifs.

Prix de la vente d'un bien grevé d'usufruit

La vente portant sur la pleine propriété d'un immeuble dont la nue-propriété appartient à une personne et l'usufruit à une autre, s'analyse en deux ventes distinctes : une vente de nue-propriété et une vente d'usufruit.

Le nu-propriétaire et l'usufruitier sont tous deux redevables légaux de la TVA sur le prix à concurrence des droits respectivement cédés par chacun d'eux.

Si la répartition du prix de la nue-propriété et de l'usufruit n'est pas faite, leur vente ne comporte pas de prix déterminé, sauf s'il est convenu que l'usufruitier exercera son usufruit sur le prix de vente, ce qui a beaucoup d'inconvénients. Le nu-propriétaire est fondé à appréhender le prix de vente, déduction faite de la valeur de l'usufruit revenant à l'usufruitier, sans attendre la fin de l'usufruit. Il faut donc convertir l'usufruit en capital pour ventiler le prix global. A défaut, le prix de vente respectif de la nue-propriété et de l'usufruit ne serait pas déterminé à l'égard des vendeurs.

Accessoires du prix

Dans le silence du contrat, il convient d'appliquer l'article 1593 du Code civil, selon lequel « les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acquéreur ».

Les frais accessoires à la vente sont « les frais intrinsèques à la mutation dont le non-paiement priverait l'acquéreur de la possibilité d'entrer juridiquement en possession du bien acquis ». Ce sont essentiellement les frais de rédaction d'acte, incluant ceux exposés pour les demandes de pièces d'état civil, de certificat d'urbanisme, d'extrait cadastral, d'état hypothécaire hors formalité, les honoraires du notaire et divers autres frais exposés pour procéder aux formalités, à la publicité foncière et à l'enregistrement, ou pour l'inscription du privilège du vendeur.

Les frais accessoires à la vente comprennent, également, les droits de timbre et d'enregistrement, la taxe de publicité foncière, les taxes perçues au profit des communes, des départements et des régions, de même que le salaire du conservateur des hypothèques.

En revanche, les frais de la purge des hypothèques doivent rester à la charge du vendeur.

Mais le principe de l'article 1593 du Code civil n'est pas d'ordre public.

Le paiement de la TVA, selon la loi fiscale, incombe au vendeur, à moins d'un accord exprès des parties quant à la charge définitive de la taxe et lorsque la mutation porte sur un immeuble qui n'était pas placé, antérieurement à cette mutation, dans le champ d'application de l'article 257, 7o du Code général des impôts (CGI, art. 285, 3o).

Elle est donc, en principe, intégrée au prix de vente dont elle est un élément, même si pour se conformer aux dispositions légales (CGI, art. 289 et 290 ; CGI, ann. III, art. 95), le prix doit faire apparaître le prix hors taxes, le taux et le montant de la TVA et le montant du prix taxes comprises.

La TVA est ainsi un élément qui grève le prix convenu avec l'acquéreur et non un accessoire du prix, si bien qu'elle n'est pas soumise à l'article 1593 du Code civil. Sauf accord exprès des parties, elle n'incombe donc pas à l'acheteur, de sorte que le vendeur ne peut prétendre qu'il entendait recevoir un prix net de toutes charges pour se soustraire à son paiement.

Charges augmentatives du prix
Les « charges augmentatives du prix » sont des charges pécuniaires imposées à l'acquéreur par l'acte de vente dans l'intérêt du vendeur et qui ne procèdent pas des effets habituellement liés par la loi et les usages au transfert de propriété. Ces charges s'ajoutent au prix de vente dont elles sont des accessoires. Elles en empruntent la nature et le régime. Comme le prix, elles doivent être déterminées ou déterminables dans l'acte de vente, conformément à l'article 1591 du Code civil. D'ailleurs, les droits de mutation sont liquidés, à la fois sur le prix et les charges en capital (CGI, art. 683) qui constituent globalement aussi l'assiette de la TVA, pour les ventes qui y sont soumises (CGI, art. 266-2, b).

Dès lors que le montant et le débiteur de ces charges augmentatives du prix ne sont pas déterminés ou déterminables, le prix est lui-même indéterminé ou indéterminable et il ne peut y avoir de vente.
Les avant-contrats et les contrats de vente doivent préciser qui en supporte la charge ou la répartition qui en est faite, ainsi que son montant exact.

Réalité du prix
Le prix devrait être conforme à la valeur de l'immeuble, en fonction de sa consistance et du marché de biens équivalents dans le même secteur. Mais, il est débattu par les parties auxquelles il n'est pas interdit de faire une bonne affaire, pourvu que leur consentement n'ait pas été vicié et que le contrat ne soit pas trop déséquilibré, au point d'être lésionnaire. Mais, pour qu'il y ait vraiment un prix, encore faut-il que celui-ci soit réel et sérieux.

Autrement dit, la validité et la solidité de la vente dépendent de l'absence d'anomalies du prix susceptibles d'en affecter l'existence même : vil prix, prix fictif, dissimulation, lésion.

L'**estimation** de l'immeuble doit correspondre en principe à sa valeur objective et se fonder seulement sur les éléments et les qualités inhérentes à l'immeuble vendu.

L'estimation doit aussi prendre en considération les éléments de moins-value de l'immeuble vendu, tels que les servitudes ou autres charges réelles dont il est grevé, le fait qu'il est vendu occupé....

2.2.1.1.1.4 La formation de la vente

A. Le consentement des parties

La vente d'immeuble, comme toute vente, se forme, en principe, par la seule rencontre des consentements de l'acheteur et du vendeur, en l'absence de toute formalité, sous réserve cependant des exigences légales actuelles destinées à assurer la protection de l'acquéreur immobilier.

Sa validité n'est pas subordonnée à l'établissement d'un acte notarié, ni même d'un écrit. L'article 1582, alinéa 2, du Code civil, disposant qu'elle « peut être faite par acte authentique ou sous seing privé », n'impose nullement la rédaction d'un écrit.

Un simple accord verbal suffit et cristallise la vente d'immeuble, pourvu que l'accord des parties soit certain.

Ainsi, l'existence d'un accord de volonté des parties est, en principe, la condition nécessaire et suffisante de la vente.
Comme le prix d'un immeuble excède toujours la somme de 1 500 euros, la **rédaction d'un écrit est en pratique nécessaire**, sinon pour la validité, du moins pour la preuve de la vente.

Certes, la publicité foncière des ventes d'immeubles suppose l'établissement d'un acte authentique, mais la jurisprudence souligne justement que le décret no 55-22 du 4 janvier 1955 (JO 7 janv.) ne dérogeant en aucune de ses dispositions à celles de l'article 1583 du Code civil, la validité d'un acte de vente d'immeuble ne saurait dépendre de sa forme authentique.

L'établissement d'un acte authentique n'a été exigé pour les ventes d'immeubles par l'article 4 du décret no 55-22 du 4 janvier 1955 que pour garantir une bonne publicité, le défaut d'authenticité n'affectant pas la validité de la vente elle-même.

La vente est seulement inopposable aux tiers si la publicité légale n'en est pas effectuée.

Auteurs des consentements
La détermination des parties qui s'obligent, de l'acquéreur et du vendeur, ne suscite pas de réelle difficulté quand elles contractent directement entre elles. Encore faut-il un consentement de toutes les parties concernées par le contrat. Ainsi, en cas de vente d'un bien indivis, l'accord de tous les indivisaires sur la vente, à la demande d'indivisaires représentant au moins deux tiers des droits.

Intervention de tiers
La solidité de la vente suppose, par ailleurs, dans certaines situations, l'**intervention de tiers** dont le consentement doit juguler les risques que la protection de leurs intérêts fait courir au contrat. Ainsi, l'intervention du bénéficiaire d'un droit de préemption à la vente de l'immeuble, objet de ce droit, à un tiers acquéreur conforte cette vente qui pourrait, autrement, être annulée.

Ainsi, l'intervention de tiers intéressés à une vente, sans y être parties, est parfois nécessaire à sa consolidation. Elle n'est cependant qu'accessoire, l'essentiel pour la formation du contrat étant que le consentement des parties se soit exprimé, directement ou par représentation.

Objet du consentement des parties
Pour que la vente soit parfaite entre les parties, l'article 1583 du Code civil exige seulement que celles-ci soient convenues de la chose et du prix. Il importe peu, en revanche que l'origine de propriété ne soit pas précisée, pour que l'accord des parties forme la vente
Il faut également que l'acquéreur et le vendeur soient d'accord sur le principe même de sa formation, autrement dit qu'à leurs yeux tous les éléments en aient été arrêtés.

Selon la volonté des parties, la jurisprudence décide que la vente n'est pas formée quand sa conclusion a été subordonnée à un accord sur d'autres **éléments que les parties ont considérés comme substantiels**, tels que les garanties de paiement.

Les éléments accessoires de la vente, tels que l'entrée en jouissance de l'acquéreur, les conditions de paiement du prix et la réitération par acte authentique, sont déterminés par la loi ou les usages, à défaut de prévisions des parties. Le silence des parties à leur égard n'empêche donc pas la formation du contrat.

B. La réalisation de la vente

L'élaboration de l'acte authentique suppose d'établir ou de réunir les documents et les accords les plus divers : pièces d'état civil, extrait du cadastre, document d'arpentage, en cas de division d'une parcelle, certificat ou note d'urbanisme, autorisation de transfert de prêts ou obtention d'un prêt, mainlevée des inscriptions, formalités auprès du syndic de copropriété...
La protection des intérêts divers mis en jeu par la vente d'un immeuble suppose ainsi, qui doivent être accomplies pendant la phase précontractuelle où la volonté des intéressés est souvent déjà scellée dans l'avant-contrat. En outre, après la signature de l'acte de vente, diverses formalités doivent être accomplies.

Les formalités préalables à la vente

Formalités communes à toutes les ventes immobilières

- **Formalités relatives à la situation des parties :** Il faut vérifier que les personnes morales ont bien acquis la personnalité morale en s'assurant que les formalités légales nécessaires ont été accomplies. Pour les sociétés, il faut donc un extrait du registre du commerce et des sociétés, qui reflète et cristallise leur situation actuelle ;
- **Formalités relatives à la situation de l'immeuble :** Il faut vérifier la désignation de l'immeuble et la détermination de sa situation juridique, tant en ce qui concerne les droits réels dont il est l'objet que par rapport à la réglementation d'urbanisme. Elles sont fournies par les documents cadastraux, les états hypothécaires, fiches d'immeubles et fiches personnelles, et les certificats ou « notes de renseignements » d'urbanisme.

  Par ailleurs, les créanciers privilégiés et hypothécaires bénéficient d'un droit de préférence sur le prix et d'un droit de suite qui leur permet de saisir l'immeuble en quelque main qu'il se trouve. En cas de vente d'un immeuble grevé de privilèges et hypothèques, il faut donc que l'immeuble en soit dégrevé et soit remis à l'acquéreur libre de toutes inscriptions. Cependant, l'existence d'un privilège ou d'une hypothèque sur un immeuble ne fait obstacle ni à sa vente ni à l'inscription de nouvelles sûretés réelles sur ce bien.

Formalités propres à certaines ventes

- **Formalités administratives :** La vente de certains immeubles est subordonnée à des autorisations ou avis de l'autorité publique.

  Quand l'immeuble appartient à **une collectivité publique**, le ministre doit, à peine de nullité, être consulté au préalable.

Les articles L 443-7 à L 443-15-5 du Code de la construction et de l'habitation permettent aux **organismes d'habitations à loyer modéré** d'aliéner, avec l'accord du préfet, des logements dont ils sont propriétaires depuis plus de dix ans (sauf dérogation) et qui répondent à des « normes minimales d'habitabilité ». Ils favorisent la vente des logements occupés à leur locataire, qui a, à cet égard, un droit exclusif (CCH, art. L 443-11, al. 1er), et celle des logements vacants, en priorité, aux locataires de l'organisme vendeur, dans le département (CCH, art. L 443-11). La loi no 94-624 du 21 juillet 1994 (JO 24 juill.), relative à l'habitat, a pour objet de faciliter ces ventes et d'améliorer l'information des acquéreurs (voir Circ., 4 août 1994, JO 1er sept. 1994, JCP N 1994, prat., p. 601, destinée à favoriser le développement soutenu de la vente pour répondre à la demande des locataires qui souhaitent acquérir leur logement). Selon l'article L 443-11 du Code de la construction et de l'habitation, « tout locataire peut adresser à l'organisme propriétaire une demande d'acquisition de son logement. La réponse de l'organisme doit être motivée et adressée à l'intéressé dans les deux mois suivant la demande » (L. n° 94-624, 21 juill. 1994, art. 6, II, al. 2, nouv.).
Il convient de préciser que sur demande du locataire, le logement peut être vendu à son conjoint ou, sous certaines conditions, à ses ascendants et descendants.
A défaut d'acquéreur prioritaire, l'acquisition du logement peut être proposée à :

- Toute personne physique ;
- A une collectivité territoriale ou à un groupement de collectivités territoriales qui s'engage à mettre ce logement pendant au moins quinze ans à la disposition de personnes défavorisées mentionnées au II de l'article L.301-1 du C.C.H. ;
- A un organisme qui bénéficie de l'agrément relatif à la maîtrise d'ouvrage prévu à l'article L.365-2 du C.C.H.

La décision d'aliéner est transmise au représentant de l'Etat dans le département, qui consulte la commune d'implantation, ainsi que les collectivités publiques qui ont accordé leur garantie aux emprunts contractés pour la construction, l'acquisition ou l'amélioration des logements. A défaut d'opposition motivée du représentant de l'Etat dans un délai de deux mois, la décision d'aliéner de l'organisme propriétaire devient exécutoire (CCH, art. L 443-7).

Pour les habitations à loyer modéré, la Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 (art. 145, JO 14 déc.) prévoit dans l'article L 411-3 du Code de la construction et de l'habitation que « tout acte transférant la propriété ou la jouissance de ces logements ou constatant ledit transfert doit, à peine de nullité de plein droit, reproduire les dispositions de ce texte , lorsqu'il s'agit d'une vente à un autre organisme HLM, à une collectivité territoriale ou à un groupement de collectivités territoriales, ou à un organisme bénéficiant de l'agrément maîtrise d'ouvrage. L'action en nullité peut être intentée par tout intéressé ou par l'autorité administrative dans un délai de cinq ans à compter de la publication de l'acte au fichier immobilier. Ce texte dispose d'ailleurs, qu'à la demande de tout intéressé ou de l'autorité administrative, le juge annule tout contrat conclu en violation de ses dispositions et ordonne, le cas échéant, la réaffectation des lieux à un usage d'habitation locative.

Afin de maintenir ou d'augmenter le nombre de logements dans la plupart des communes urbaines (celles définies à l'article 10-7 de la loi no 48-1360 du 1er septembre 1948, JO 2 sept., modifiée), l'article L 631-7 du Code de la construction et de l'habitation subordonne à une autorisation administrative la transformation de locaux à usage d'habitation en locaux d'activités ou en meublés, hôtels, pensions de famille ou autres établissements similaires, ainsi que l'affectation des locaux professionnels ou administratifs et des meublés et hôtels dont la destination primitive est modifiée à un autre usage que l'habitation. Cette autorisation préalable et motivée est exigée à peine de nullité de plein droit.

- **Formalités relatives aux droits de préemption**

Pour mémoire, le législateur a institué de nombreux droits de préemption, de retrait et de substitution, au profit des collectivités publiques ou de particuliers.

Leur méconnaissance est sanctionnée par la nullité.

Les droits de préemption institués **au profit des collectivités et organismes publics** sont :

- le droit de préemption urbain ;
- le droit de préemption institué dans les **ZAD**;
- le droit de préemption relatif aux **espaces naturels sensibles.**

Toute vente d'immeuble soumise à un droit de préemption doit faire l'objet d'une **déclaration préalable** aux bénéficiaires de ce droit, pour leur permettre de l'exercer. Cette déclaration doit comporter les éléments essentiels du contrat, notamment le prix et la mention des conditions suspensives prévues. Le titulaire du droit de préemption dispose d'un délai variable, selon les cas, pour notifier sa décision d'acquérir les biens concernés. Les **ventes conclues en violation d'un droit de préemption sont nulles, le délai pour agir en nullité** variant selon les cas : cinq ans à compter de la publication de la vente pour les droits de préemption publics (C. urb., art. L 213-2 et L 142-4), six mois à partir de la connaissance de la vente irrégulière pour le preneur rural (C. rur., art. L 412-12), cinq ans pour les coïndivisaires (C. civ., art. 815-16)...

Etablissement de l'acte de vente

Les ventes d'immeubles de gré à gré, pour pouvoir être publiées au bureau des hypothèques, doivent obligatoirement être dressées en la **forme authentique**. Ainsi, elles sont valables entre les parties du seul fait de leur accord sur la chose et sur le prix, mais un acte authentique est nécessaire pour les publier et les rendre opposables aux tiers.

Les **notaires** disposent d'un monopole pour recevoir les actes ou contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique (Ord. no 45-2590, 2 nov. 1945, JO 3 nov.). Les ventes d'immeubles sont donc réalisées par acte notarié. Un acte authentique est également nécessaire en cas de constitution d'hypothèque ou de privilège immobilier consenti en garantie des prêts qui assurent le financement de l'acquisition.

L'acte authentique

La réalisation de la vente par acte authentique se matérialise par la signature de l'acte. Mais la signature comprend plusieurs opérations.

Elle suppose une vérification de l'identité des parties, si celles-ci ne sont pas connues. Le notaire doit donner connaissance aux parties des actes qu'elles vont signer et peut, à cette fin, leur adresser préalablement les projets d'actes ou leur en communiquer la minute, à l'étude, avant la séance de signature. Mais, lors de celle-ci, la lecture des actes doit être faite par le notaire ou un de ses clercs. Le notaire a, par ailleurs, l'obligation d'informer les parties des dispositions légales édictant les sanctions applicables aux dissimulations de prix. Mention de cette formalité doit être insérée dans le corps de l'acte qui comporte une « affirmation de sincérité du prix, dans laquelle les parties reconnaissent avoir été informées des peines encourues en cas d'inexactitude de cette affirmation ». Plus généralement, il a l'obligation d'informer les parties, des conséquences juridiques de leur acte et, notamment, d'informer l'acquéreur des conséquences de l'acquisition d'un immeuble bâti sans permis de construire.

Les parties peuvent se faire représenter par un **mandataire**, si elles ne peuvent assister personnellement à la signature de l'acte. Une procuration doit alors être établie au profit du mandataire.

L'apposition matérielle des signatures par les parties ou leurs mandataires comporte leurs paraphes à chaque page et à chaque renvoi et leurs signatures à la fin de l'acte et sous les renvois reportés en fin d'acte.

Contenu usuel des actes de vente

L'acte de vente comporte principalement :

- la désignation des parties et des comparants,
- **la désignation des immeubles** qui doit aussi se conformer aux exigences du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955,
- la détermination de l'immeuble vendu et ses **accessoires** : **servitudes**, **charges d'urbanisme**, **hypothèques** et **privilèges immobiliers,**
- **l'origine de propriété,**
- la situation des lieux loués et des locataires, ainsi que la date et les conditions des baux, leur durée, le montant et les termes des loyers, (L'existence de baux en cours a une incidence importante sur le prix de l'immeuble),
- le prix **de la vente**.

Modalités de la vente

Les modalités concevables de la vente sont très nombreuses et diverses.

L'article 1584 du Code civil dispose : « la vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit résolutoire (...). Dans tous les cas, son effet est réglé par les principes généraux des conventions ».

La stipulation de conditions, c'est-à-dire d'évènements futurs dont la réalisation est incertaine, est donc parfaitement valable, pourvu qu'elles ne soient ni impossibles ni illicites.

Il convient de rappeler qu'il ne doit pas s'agir, non plus, de « conditions potestatives de la part de celui qui s'oblige », au sens de l'article 1174 du Code civil. Une **condition est potestative** lorsque la naissance ou l'exécution de l'obligation dépend de la seule volonté d'un seul des contractants.

Lorsque la vente est conclue sous condition suspensive, le contrat est formé dans la mesure où aucune des parties ne peut s'y dérober sans le consentement de l'autre. Mais, tant que la condition ne s'accomplit pas, la vente ne produit aucun de ses effets.

Notamment, le vendeur reste propriétaire de la chose vendue, qui demeure à ses risques ; l'acquéreur ne doit pas le prix ; le délai de l'action en rescision ne court pas. Il faut simplement remarquer que l'acquéreur est d'ores et déjà en droit de faire des actes conservatoires (C. civ., art. 1180), que la vente publiée avant la réalisation de la condition est opposable aux tiers et que les droits de l'acquéreur peuvent être cédés à un tiers dont les droits seront eux-mêmes soumis à la condition.

La réalisation de la condition suspensive a, sauf clause contraire, un effet rétroactif : la vente produit ses effets rétroactivement à compter de la convention.

Formalités consécutives à la vente

Le notaire, voire les parties, sont soumis à diverses formalités, après la signature de l'acte de vente. Les principales concernent la formalité de l'enregistrement et la publication de la vente à la conservation des hypothèques.

Enregistrement et publicité foncière
La loi n° 69-1168 du 26 décembre 1969 (JO 28 déc.) et les décrets no 70-548 du 22 juin 1970 et no 70-550 du 25 juin 1970 (JO 27 juin) posent le principe de la fusion obligatoire des formalités de la publicité foncière et de l'enregistrement en une seule formalité opérée à la conservation des hypothèques du lieu de situation des immeubles.

La formalité s'effectue notamment par le dépôt de deux expéditions intégrales de l'acte à publier et d'un bordereau récapitulatif visant l'acte proprement dit et les éventuelles formalités annexes. Des documents spéciaux doivent aussi être déposés dans certains cas, une déclaration de TVA, par exemple.

La formalité de publicité foncière donne lieu à la perception des droits fiscaux.

Autres formalités consécutives à la vente

- **Formalités relatives aux sûretés constituées**
  Le vendeur d'immeuble et le prêteur de deniers conservent leur privilège par une **inscription** qui doit être prise, à leur diligence, en la forme prévue aux articles 2426 et 2428 du Code civil (C. civ., anc. art. 2146 et 2148) et dans le **délai de deux mois** à compter de l'acte de vente. Le privilège prend rang à la date dudit acte (C. civ., anc. art. 2108 et C. civ., art. 2379, nouv.). Ainsi, ces privilèges priment toutes les hypothèques nées du chef de l'acheteur, à condition d'être inscrits au bureau des hypothèques de la situation des biens.

  Conformément à l'article 2324 nouveau du Code civil (C. civ., anc. art. 2095), les privilèges immobiliers spéciaux, tels le privilège du vendeur ou celui du prêteur de deniers, l'emportent sur **l'hypothèque**. Si l'inscription en est prise dans le délai légal de deux mois, ils prennent rang rétroactivement à la date de l'événement qui leur a donné naissance.
  Ils peuvent donc l'emporter même sur des hypothèques inscrites antérieurement au profit de créanciers de l'acheteur, puisqu'ils prennent rang dès l'entrée de l'immeuble dans le patrimoine de l'acquéreur, tandis qu'une hypothèque ne prend rang qu'à la date de son inscription (C. civ., anc. art. 2134 et C. civ., art. 2524, nouv.). Si, en revanche, le privilège n'est pas inscrit dans le délai légal, il dégénère en hypothèque et ne prend rang qu'à la date de son inscription

- **Autres formalités**

  En cas de **prix payable à terme**, le vendeur, créancier privilégié, a particulièrement intérêt à notifier la vente, le montant des sommes restant dues et la désignation de l'immeuble aux compagnies d'assurances qui garantissent l'immeuble contre l'incendie ou d'autres risques. En effet, selon l'article L 121-13 du Code des assurances, « les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie (...) et les autres risques sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires selon leur rang. Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables ». Quand le prix n'est pas payé intégralement comptant, il faut donc éviter que les compagnies d'assurances puissent payer les indemnités de sinistres entre les mains de l'acquéreur et invoquer leur bonne foi. Il faut faire en sorte qu'elles les règlent au vendeur-créancier privilégié. Pour cela, il y a lieu de leur notifier la vente et le fait que le vendeur est créancier privilégié de son acquéreur. Cela peut être fait par simple lettre recommandée. Mais si les assureurs n'accusent pas réception de cette notification, il est prudent de faire signifier un exploit d'huissier.

Par ailleurs, **quand le prix est payable en tout ou partie à terme**, le notaire rédacteur de l'acte est tenu de faire la déclaration qu'impose l'article 242 ter, § 3 du Code général des impôts, selon lequel « les personnes qui interviennent à un titre quelconque dans la conclusion des contrats de prêts ou dans la rédaction des actes qui les constatent sont tenues de déclarer à l'administration la date, le montant et les conditions du prêt, ainsi que les noms et adresses du prêteur et de l'emprunteur ».

Parmi les autres déclarations fiscales, il ne faut pas omettre la **déclaration des plus-values imposables** dans les mêmes conditions que le revenu global (CGI, art. 150 S ; CGI, ann. II, 740), l'impôt étant établi au titre de l'année de la cession, mais son paiement pouvant être fractionné pendant une période de cinq ans, à la demande du contribuable (CGI, art. 150 R ; CGI, ann. II, 74 R).

2.2.1.1.1.5 Les effets de la vente

Selon l'article 1583 du Code civil, la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix (...) ».

Le transfert à l'acquéreur de la propriété et des risques de l'immeuble vendu constitue, à la fois, l'objet et l'effet essentiel du contrat. Mais, comme tout contrat synallagmatique, la vente engendre des obligations réciproques entre les parties dont l'inexécution peut être sanctionnée par une condamnation à l'exécution forcée ou par la résolution de la vente, ainsi que par des dommages et intérêts.

A. Le transfert de propriété et des risques

Le transfert de propriété
Tant que le transfert de propriété n'a pas eu lieu, l'acquéreur n'a sur l'immeuble aucun droit réel, mais seulement un droit personnel. Il est créancier envers son vendeur d'une obligation de faire pouvant se résoudre en dommages-intérêts.

Une fois le transfert de propriété réalisé, l'acquéreur a un droit réel et peut revendiquer l'immeuble entre les mains de son vendeur.

Le transfert de propriété transfère à l'acquéreur l'immeuble et ses accessoires, qui lui sont attachés.
Mais le droit de propriété de l'acquéreur n'est pas, pour autant, opposable aux tiers. Encore faut-il que la vente ait été publiée au bureau des hypothèques. L'acquéreur peut toutefois assigner ses vendeurs en réalisation de la vente et publier son assignation au bureau des hypothèques, pour préserver ainsi son droit réel envers les tiers (D. no 55-22, 4 janv. 1955, art. 37-2, JO 7 janv.).

Les parties modifient souvent le moment du transfert de propriété, soit pour le lier à la réitération de la vente devant notaire, soit pour garantir au vendeur le paiement du prix, soit encore pour le subordonner à la délivrance de l'immeuble et à l'entrée en jouissance de l'acquéreur.

L'entrée en jouissance
En pratique, on fixe généralement le transfert de propriété et l'entrée en jouissance de l'acheteur au même moment.
Il est d'abord possible de retarder indirectement le transfert de propriété en retardant la formation de la vente elle-même, en la subordonnant à **une condition suspensive** : le transfert de propriété ne peut alors se produire que lors de la réalisation de la condition. Jusqu'à l'accomplissement de l'événement convenu, le vendeur reste propriétaire de l'immeuble.
Lors de la réalisation de la condition, l'acquéreur est alors censé en être propriétaire depuis la signature du contrat.

L'acquéreur d'un bien immobilier qui, aux termes du contrat, n'a la jouissance du bien qu'à compter de la réalisation d'une condition suspensive insérée à l'acte, ne saurait prétendre à la perception des loyers dès la conclusion de l'accord, malgré le caractère rétroactif du transfert de propriété à raison de la survenance de la condition. Toutefois, les parties peuvent, par une clause spéciale, stipuler que la propriété ne sera acquise qu'à compter de l'accomplissement de la condition, et écarter ainsi son effet rétroactif.

Le vendeur et l'acquéreur peuvent aussi fixer directement le moment du transfert de propriété, en déterminant la date à laquelle il doit se produire ou l'événement à compter de la réalisation duquel il se produira. Dans ces hypothèses, le contrat est formé par leur accord et les parties se bornent à en retarder l'effet essentiel.

Le transfert des risques
Le transfert de propriété s'accompagne normalement du transfert des risques. La perte ou la détérioration de la chose vendue pèse donc, en principe, sur le vendeur ou sur l'acquéreur, selon que la transmission du droit de propriété a déjà eu lieu ou non.

L'article 1138, alinéa 2, du Code civil (voir également : C. civ., art. 1624) dispose que l'obligation de livrer, devenue parfaite par le seul consentement des parties, « rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques » dès qu'elle s'est formée, même si la « tradition » de la chose vendue n'a pas été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

C'est normalement l'acheteur qui, devenu immédiatement propriétaire de l'immeuble vendu, en assume les risques.

Mais cela implique que l'acquéreur supporte les risques de perte ou de détérioration de l'immeuble, alors qu'il ne lui a pas encore été livré et n'est pas encore sous sa surveillance.

Pour éviter cet inconvénient, les parties peuvent stipuler que le transfert de propriété et des risques sera retardé, voire dissocié. La loi n'est ici que supplétive : elle ne s'applique qu'à défaut de clauses contraires.

C'est généralement en retardant le transfert de propriété que les parties modifient, accessoirement et indirectement, le transfert des risques.

B. Les obligations du vendeur

Selon l'article 1603 du Code civil, le vendeur « a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ». Il doit conférer à l'acquéreur « la jouissance paisible » de la chose, ce qui implique une garantie d'éviction et lui en assurer la « jouissance utile », ce qui se traduit par la garantie des vices cachés. Sans ces obligations de garantie, la délivrance de la chose serait illusoire et aléatoire, puisque l'acquéreur risquerait encore d'être dépossédé de son bien ou troublé dans sa jouissance. A ces obligations « principales » s'ajoutent des obligations accessoires.

Quand la chose vendue n'est pas immédiatement livrable, le vendeur a **l'obligation de la conserver**.

D'autre part, l'article 1602, alinéa 1er, du Code civil disposant que « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige », celui-ci est également soumis à **une obligation de renseignements.** Les vendeurs professionnels doivent veiller à la **sécurité de l'acheteur**, même si une véritable obligation de sécurité ne leur est pas encore imposée.

Toutefois, ces obligations accessoires renforcent les obligations de délivrance et de garantie auxquelles elles s'intègrent.

C. Les obligations de l'acheteur

L'acheteur a deux obligations principales : payer le prix stipulé au jour de la vente et prendre possession du bien.

2.2.1.1.2 La fiscalité

Voir les fiches de synthèses présentées ci-avant.

2.2.1.1.3 La vente HLM

Les dispositions applicables aux cessions d'éléments du patrimoine immobilier autres que les logements-foyers des organismes HLM sont précisées aux articles L.443-7 et suivants et R.443-10 et suivants du CCH.

Les cessions entre organismes HLM sont explicitement prévues à l'article L.443-11, alinéa 3, ainsi rédigé : « *Nonobstant les dispositions du premier et du deuxième alinéa du présent article, les logements peuvent être vendus à un autre organisme d'habitations à loyer modéré ou à une société d'économie mixte sans qu'il soit fait application des conditions d'ancienneté ou d'habitabilité prévues à l'article L.443-7. Les locataires en place continuent à bénéficier des conditions antérieures de location* ».

L'article L.443-12 apporte les précisions suivantes sur la détermination du prix de vente de ces logements : « *Lorsque l'acquéreur est l'une des personnes morales visées à l'article L.443-11, le prix de vente ne peut être inférieur à l'évaluation faite par le service des domaines en prenant pour base le prix d'un logement comparable libre d'occupation, sauf en cas de vente à un organisme d'habitations à loyer modéré ou à une société d'économie mixte* ».

Ainsi, le prix de vente entre organismes HLM est « libre ».

Les modalités de traitement des emprunts sont précisées à l'article L.443-13 du CCH, dans les termes suivants : « *[…] dans le cas d'une vente à un autre organisme d'habitations à loyer modéré ou à une société d'économie mixte, les emprunts sont transférés avec maintien des garanties y afférentes consenties par des collectivités territoriales, par leurs groupements ou par des chambres de commerce et d'industrie, sauf opposition des créanciers ou des garants dans les trois mois qui suivent la notification du projet de transfert du prêt lié à la vente* ».

Il est également prévu à cet article, que : « *Le surplus des sommes perçues est affecté en priorité au financement de programmes nouveaux de construction, à des travaux destinés à améliorer de façon substantielle un ensemble déterminé d'habitations ou à des acquisitions de logements en vue d'un usage locatif* ».

Le sort des subventions, en cas de cession d'immeubles entre organismes, n'est pas évoqué par le C.C.H.

En pratique, le solde de la subvention doit être implicitement déduit de la valeur retenue pour la cession ; en effet, il s'agit de traduire qu'un immeuble HLM (et qui le reste) ne peut être exploité dans les conditions normales d'équilibre dans une aide diminuant son prix de revient réel pour l'organisme. La subvention est ainsi indirectement transférée.

2.2.1.2 La fusion (et opérations liées)

2.2.1.2.1 Le régime juridique

2.2.1.2.1.1 La présentation des opérations de fusion (et opérations liées)

Aux termes de l'article L. 236-3 du Code de Commerce, la fusion et la scission ont pour caractéristiques communes d'emporter la dissolution sans liquidation de la société apporteuse, la transmission universelle de son patrimoine à la société nouvelle ou absorbante, dans l'état où il se trouve au jour de la réalisation définitive de l'opération ainsi que l'échange des droits sociaux des associés de la société dissoute par des titres émis par la société bénéficiaire du transfert universel de patrimoine.

Techniquement, elles peuvent se réaliser selon deux procédés juridiques distincts :

- Soit, par voie d'absorption, l'opération étant alors réalisée au profit d'une ou de plusieurs sociétés préexistantes,
- Soit, par voie de constitution de sociétés nouvelles (article L.236-1 du Code de Commerce).

Ces différentes caractéristiques permettent de distinguer la fusion et la scission d'opérations voisines.

La scission est l'opération par laquelle le patrimoine d'une société « scindée » est partagé en plusieurs fractions simultanément transmises à plusieurs sociétés existantes ou nouvelles (art. L236-1, al.2)

Ces opérations s'opposent à la cession massive de droits sociaux, à l'apport partiel d'actif qui n'est pas une cause de dissolution de la société apporteuse et qui, de ce fait n'emporte pas normalement transmission universelle de patrimoine (à une exception d'importance que nous étudierons plus loin), ou bien encore à la cession d'actif immobilier fait à une autre société, dès lors que celle-ci s'accompagne du paiement du passif social, du remboursement des apports aux actionnaires et est suivie de l'attribution par l'assemblée ordinaire du surplus d'actif, lorsque ce dernier existe.

A. Structures juridiques pouvant participer aux opérations de fusion et de scission
Bien que les opérations de fusion et de scissions réalisées par les sociétés commerciales soient les seules à faire l'objet actuellement d'une réglementation d'ensemble, définie par les articles L.236-1 et suivants du Code de Commerce, la possibilité de fusionner ou de se scinder est néanmoins largement étendue.

Il ressort, en effet, des dispositions générales de l'article 1844-4 du Code Civil, que cette possibilité appartient à toutes les sociétés civiles ou commerciales, dès lors que celles-ci possèdent la personnalité morale.

Par ailleurs, la fusion ou la scission peuvent être réalisées entre sociétés de formes différentes. Toutefois, la portée de cette règle doit être précisée, le statut spécifique de certains groupements sociétaires s'opposant parfois à cette éventualité; tel est le cas notamment des sociétés coopératives; dans ce cas, la fusion ou la scission ne sont juridiquement praticables qu'à la condition qu'elles se réalisent au profit de cette catégorie de société (article 25 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 qui interdit toute modification entraînant la perte de la qualité de coopérative.

La seule exception admise autorise la modification du statut coopératif s'il y va de la survie de l'entreprise ou si cela est nécessaire à son développement).

B. Les effets généraux de la fusion et de la scission
Les effets généraux de la fusion et de la scission sont définis à l'article L.236-3 du Code de Commerce.

Aux termes de cet article, la fusion et la scission se caractérisent par trois traits essentiels :

- La dissolution sans liquidation de la société fusionnée ou scindée;
- La transmission universelle de patrimoine de la ou des sociétés dissoutes aux sociétés bénéficiaires, "dans l'état où il se trouve au jour de la réalisation définitive de l'opération";
- L'échange de droits sociaux, c'est-à-dire, l'acquisition, par les associés de la ou des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés de la ou des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission.

Absence de liquidation de la société dissoute
Par exception aux articles L.237-2 du Code de Commerce et 1844-8 du Code Civil, la dissolution pour cause de fusion n'emporte pas liquidation de la société fusionnée ou scindée. Celle-ci n'est en effet pas nécessaire puisque le patrimoine fait l'objet d'une transmission universelle. En conséquence, il n'y a pas lieu de procéder à la nomination d'un liquidateur, ni de respecter l'ensemble des règles relatives à la liquidation.

Rémunération par émission de droits sociaux
Pour qu'il y ait fusion ou scission, il faut encore que les associés de la société absorbée ou scindée deviennent associés de la société absorbante ou nouvelle et se voient attribuer des actions (ou parts sociales) de cette société (art. L.236-1,al.4). Il ne peut y avoir scission ou fusion si l'actif transmis (après déduction du passif pris en charge par la ou les sociétés bénéficiaires) est rémunéré par des biens autres que des actions ou parts sociales.

La fusion comme la scission supposent que les associés de la société dissoute deviennent associés de la ou des sociétés bénéficiaires des apports. Pour ce faire, ces derniers recevront les parts sociales ou actions émises à l'occasion de l'apport de patrimoine (article L. 236-3 du Code de Commerce).

Inscription de la mutation au registre des hypothèques
Lorsque la fusion ou la scission ont pour objet la transmission d'immeubles ou de droits immobiliers, le contrat de fusion ou de scission doit, en application de l'article 4 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 revêtir la forme authentique en vue de sa publication au fichier immobilier.

Cette publicité par acte authentique peut cependant être évitée; en effet, le même article du décret de 1955 prévoit que les procès des délibérations, ayant décidé l'apport et bien que ne revêtant pas la forme authentique, pourront être publiés à la condition d'être annexés à un acte qui en constate le dépôt au rang des minutes d'un notaire.

2.2.1.2.1.2 Le déroulement des opérations

A. Préparation des opérations
Ces opérations supposent, en général, une longue préparation au cours de laquelle sont étudiées et précisées les modalités financières de l'opération, et préparé, le plus souvent, un document nommé « Projet de fusion ou scission ».

Conditions financières de l'opération

- Les parties à l'opération sont évaluées « globalement », les méthodes d'évaluation étant nombreuses (valeur intrinsèque ou mathématique, valeur de rendement, valeur boursière le cas échéant…) ;
- Afin de déterminer une parité, la valeur globale des entités résultant de la combinaison des différents critères d'estimation adoptés est divisée par le nombre d'actions ou de parts composant le capital, de telle sorte que soit déterminée une valeur unitaire de chaque titre ;
- Le rapprochement des valeurs unitaires des parties à l'opération donne une parité théorique d'échange des titres ;
- Les valeurs d'apport fixées dans le contrat de fusion/scission sont souvent différentes de celles retenues pour la détermination des parités, car les apports peuvent être réalisés sur la base des valeurs comptables.

Pour établir les conditions de l'opération et notamment pour procéder aux estimations, les sociétés se réfèrent à des comptes arrêtés le plus souvent à la même date.

L'article R.236-1 du Code de commerce prévoit l'indication dans le projet de fusion des « dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération ». Le pluriel employé semblé autoriser des dates différentes. Toutefois on ne saurait retenir des dates qui ne permettent pas une juste et équitable comparaison des sociétés.

En vertu de l'article R. 236-3 du Code de commerce, si les derniers comptes annuels arrêtés par les sociétés participantes se rapportent à un exercice dont la clôture est antérieure de plus de six mois à la date de signature du projet de fusion ou de scission, une situation comptable intermédiaire doit être arrêtée à une date antérieure de moins de 3 mois à la date dudit projet.

Le projet de fusion/scission

Avant toute autre formalité, il appartient à l'organe décisionnel désignés par les statuts (CA, directoire, président gérant) d'arrêter le projet de fusion.

Préalablement à la décision des dirigeants ou de l'organe décisionnel compétent, il convient, le cas échéant de consulter le comité d'entreprise.

Le « Projet » est le seul document ayant valeur juridique pour constater l'opération envisagée ; il doit contenir les mentions prévues à l'article R.236, al.2 et suivants du Code de commerce et notamment : la forme, dénomination, le siège social des sociétés participantes, les motifs, but et conditions, la date d'effet, la désignation et l'évaluation du passif transmis, le rapport d'échange….).

Il doit être signé par le représentant de chacune des entités parties à l'opération. Une fois établi et signé le projet doit être déposé au greffe et fait l'objet d'un avis dans un journal d'annonces légales du département du siège social par chacune des sociétés participantes (art. L236-6, al.2 et R. 236-2, al.2s du Code de commerce).

B. Réalisation des opérations

Lorsque la fusion est réalisée entre des sociétés par actions ou des SARL, un ou plusieurs Commissaires à la fusion doivent être désignés. A cet effet, les dirigeants des sociétés participantes doivent demander au président du tribunal de commerce statuant sur **requête conjointe** la désignation d'un commissaire à la fusion. Celui-ci doit vérifier que les valeurs attribuées aux actions ou parts des sociétés sont pertinentes et que le rapport d'échange des droits sociaux est équitable. En cas d'apport en nature, ils doivent apprécier, sous leur responsabilité, la valeur de ces apports. A ce titre, il établit deux rapports l'un sur les modalités de la fusion, l'autre sur la valeur des apports en nature et les avantages particuliers.

Ces rapports doivent être mis à la disposition des associés un mois avant la date de la décision collective des associés ou de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération (art. R236-3 du Code de commerce.)

La décision des associés doit être prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts (art. L236-2,al. 2 du Code de commerce), étant précisé que les documents nécessaires à l'information des associés/actionnaires (rapport des dirigeants, projet de fusion, rapports du commissaire à la fusion/scission, comptes annuels, situation comptable intermédiaire) doivent être mis à leur disposition au moins un mois avant la tenue de l'assemblée générale.

Formalités consécutives à l'opération
Il convient à l'issue de l'assemblée appelée à statuer sur l'opération d'établir une déclaration de conformité et de la déposer au greffe du tribunal à peine de nullité de l'opération (art. L236-6, al. 3) relatant tous les actes effectués en vue de procéder à la fusion/scission, l'affirmation que cette opération a été réalisée en conformités de la loi et des règlements (art. L236-6, al.3 du Code de commerce).

2.2.1.2.1.3 La fusion simplifiée

L'absorption par une société commerciale d'une ou plusieurs de ses filiales détenues à 100% est soumise à un régime simplifié (art. L236-11, L236-23 et L236-2 du Code de commerce à savoir :

- pas de décision collective ou réunion de l'assemblée générale des sociétés participantes à l'opération sauf sur demande d'un associé ou actionnaire de la société absorbante détenant plus de 5 % du capital de la société absorbée ;
- pas d'intervention d'un commissaire à la fusion ;
- pas d'intervention d'un commissaire aux apports ;
- pas de rapport des dirigeants.

2.2.1.2.1.4 La transmission universelle de patrimoine (TUP)

Le principe
L'article 1844-5 du Code Civil stipule que :
« La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander cette dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu ».

L'appartenance de l'usufruit de toutes les parts sociales à la même personne est sans conséquence sur l'existence de la société.

En cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation. Les créanciers peuvent faire opposition à la dissolution dans le délai de trente jours à compter de la publication de celle-ci. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. La transmission du patrimoine n'est réalisée et il n'y a disparition de la personne morale qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées.

Les dispositions du troisième alinéa de l'article 1844-5 du Code Civil ne sont pas applicables aux sociétés dont l'associé unique est une personne physique".

Il en résulte les différents points suivants :

- Pour que la TUP s'exerce, il faut que les parts sociales ou actions d'une société soient réunies en une seule main;
- Il faut que l'associé unique soit une personne morale (depuis la loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 103 dite NRE);
- La dissolution s'opère sans liquidation.

Ces dispositions concernent tant les sociétés civiles que commerciales.

Concernant la transmission d'immeubles, la mutation de propriété devra faire l'objet d'une publication à la conservation des hypothèques au lieu de situation de l'immeuble.

Le cas particulier des sociétés coopératives

- L'article 19 de la loi du 19 septembre 1947 dispose que "en cas de dissolution d'une société coopérative, l'actif net subsistant après extinction du passif et remboursement du capital effectivement versé est dévolu par décision de l'assemblée générale, soit à d'autres coopératives ou unions de coopératives, soit à des œuvres d'intérêt général ou professionnel".

- L'exclusion apportée par la loi de 1947 au principe de transmission universelle de patrimoine posé par l'article 1844-5 du Code Civil demeure (bien que ce texte soit postérieur à la loi de 1947) et la dissolution d'une société coopérative unipersonnelle dont l'associé unique est une personne morale emportera donc liquidation du patrimoine social dans les conditions et sous les effets prévus par l'article 19 de la loi de 1947.

Les différences entre la TUP et la fusion

- Les caractères communs des effets de la dissolution d'une société devenue unipersonnelle et de la fusion sont incontestables. Dans les deux cas, la dissolution de la société s'opère sans liquidation et conduit à la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à la société bénéficiaire.
- Cependant, ces points communs ne suffisent pas pour aboutir à une identité des deux régimes.
    - En premier lieu, la TUP s'opère par simple déclaration de dissolution par l'associé unique au greffe du tribunal de commerce, sans que l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire ait à se réunir.
    - Par ailleurs, l'article 1844-5 du Code Civil n'impose pas, à la différence de l'article L. 236-11 du Code de Commerce, la rédaction par un commissaire aux apports d'un rapport sur la valeur des éléments d'actif et de passif transmis.

En second lieu, lorsque l'absorption d'une société unipersonnelle est réalisée au moyen de l'article 1844-5 du Code Civil, les créanciers de la société bénéficiaire de la transmission de patrimoine ne disposent d'aucun droit d'opposition; celui-ci est réservé aux seuls créanciers de la société qui disparaît.

En matière de dissolution, l'article L.422-11 du CCH dispose : « *A la dissolution d'une société d'habitations à loyer modéré, l'assemblée générale appelée à statuer sur la liquidation, ne peut, après paiement du passif et remboursement du capital social, attribuer la portion d'actif qui excéderait la moitié du capital social qu'à un ou plusieurs organismes d'habitations à loyer modéré ou à l'une des fédérations d'organismes d'habitations à loyer modéré, sous réserve de l'approbation administrative donnée dans des conditions précisées par décret. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme coopérative, le remboursement du capital porte sur la part de capital effectivement versée* ».

2.2.1.2.2 Le régime fiscal

Fusions entre Associations/Fondations

Impôt sur les sociétés
Exonération des plus-values de fusion.

TVA
Régime de dispense de TVA prévue en cas de transmission universelle de patrimoine si entre deux assujettis redevables de la TVA (Art. 257 bis CGI).

Droits d'enregistrement
Application du droit fixe de 375 €.
TPF due (0.715%) sur les immeubles transférés.

Fusions entre Sociétés commerciales

Impôt sur les Sociétés
Exonération de la plus-value si option pour le régime fiscal de faveur des fusions (art.210 A CGI).

TVA
Régime de dispense de TVA prévue en cas de transmission universelle de patrimoine si entre deux assujettis redevables de la TVA (Art. 257 bis CGI)**.**

Droits d'enregistrement
Droit fixe de 375 € ou 500 € selon que le capital de l'absorbante après fusion est inférieur ou supérieur à 225.000 €.

2.2.1.3 L'apport

2.2.1.3.1 Le régime juridique

2.2.1.3.1.1 L'apport partiel d'actifs

A. Présentation de l'apport partiel d'actif

Le Code de Commerce ne donne aucune définition de l'apport partiel d'actif.

La doctrine le définit comme l'opération consistant pour une société à faire apport **à une autre société** (nouvelle ou existante) d'une partie de ses éléments d'actif et à recevoir, en contrepartie, des actions ou des parts de la société bénéficiaire : en effet, la structure qui reçoit l'apport va devoir rémunérer l'apporteur, et cette rémunération se fera au moyen d'actions nouvelles émises dans le cadre d'une augmentation de son capital (augmentation de capital dite « par apport en nature »).

L'apport partiel d'actif permet notamment de « filialiser » une ou plusieurs branches d'activité de l'entreprise et de leur donner une existence juridique autonome. Il est aussi un moyen de concentration des entreprises, par exemple en permettant la réunion au sein d'une même société de branches d'activité identiques exercées par des sociétés appartenant à un même groupe, voire par des sociétés concurrentes.

B. Distinction du régime des fusions et des scissions

L'apport partiel d'actif se distingue de la fusion et de la scission dans la mesure où il n'a pas pour effet d'emporter la dissolution de la société apporteuse et qu'il ne constitue pas non plus une opération de transmission universelle de patrimoine.

Il s'agit au contraire d'une simple opération d'apport de biens isolés ou d'un ensemble de biens, soumis au régime d'adoption des augmentations de capital avec apports en nature.

L'apport partiel d'actif peut porter sur un ou plusieurs éléments isolés (par exemple, un immeuble ou des titres en portefeuille) ou sur un ensemble de biens (par exemple, l'ensemble des éléments actifs et passifs d'une branche d'activité déterminée) – voir ci-dessous.

Adoption facultative du régime des scissions
Le Code de commerce offre la possibilité aux sociétés de soumettre, d'un commun accord, l'apport partiel d'actif au régime des scissions.

Il s'agit là d'une simple faculté qui, en pratique, n'est utilisée qu'en cas de transmission d'une branche complète d'activité

En effet, les apports partiels d'actifs ne peuvent bénéficier de deux avantages importants (transmission universelle et régime fiscal de faveur) que s'ils portent sur une branche complète d'activité et non pas sur des éléments isolés à moins, s'agissant du régime fiscal, que l'opération n'ait bénéficié d'un agrément administratif préalable. C'est du moins ce qui ressort textuellement des articles 210 B du CGI et 301 E de l'annexe II pour le régime fiscal de faveur, et implicitement des arrêts de la Cour de cassation (Cass. com. 16-2-1988 : Bull. civ. IV n° 69 ; Cass. com. 5-3-1991 : RJDA 7/91 n° 605 ; Cass. 2e civ. 25-10-1995 : RJDA 2/96 n° 225 ; Cass. 2e civ. 12-7-2001 n° 1390 : JCP E 2003 n° 281 note J.-J. Daigre) en ce qui concerne la transmission universelle.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne précise ce qu'il faut entendre par « branche complète d'activité ». Il s'agit là d'une notion plus économique que juridique qui varie selon les circonstances de fait propres à chaque espèce.

Bien qu'aucun texte ne l'impose formellement, il est d'usage de mentionner dans le traité d'apport l'option pour le régime des scissions.

Cette mention permet de constater l'accord des parties pour soumettre l'apport partiel d'actif au régime des scissions.

Lorsque les sociétés n'adoptent pas le régime des scissions, c'est le régime des augmentations de capital (ou des constitutions si la société bénéficiaire est une société nouvelle) avec apports en nature qui est seul applicable.

Ce régime de droit commun est également applicable lorsque la société apporteuse ou la société bénéficiaire revêt une forme juridique autre que celle de société par actions ou de SARL, par exemple lorsqu'il s'agit d'une SNC.

Sociétés concernées
Autrefois réservée aux apports partiels d'actif entre sociétés anonymes - auxquelles il convient d'assimiler les SAS (cf. art. L 227-1, al. 3) -, cette option peut aussi être utilisée en cas d'apport partiel d'actif d'une SARL à une ou plusieurs autres SARL (art. L 236-24). Elle peut l'être également, lorsque l'opération est réalisée entre une société par actions et une SARL.

C. Mécanisme de l'apport partiel d'actif

Les apports sont évalués sur la base de leur « valeur vénale ».

Les apports sont rémunérés par des titres de la société bénéficiaire : l'augmentation de capital de la société bénéficiaire de l'apport, doit permettre de rémunérer équitablement cet apport. Cela conduit à réaliser une évaluation des actions de la société apporteuse et à calculer une « parité d'échange ».

Lorsque l'opération est placée sous le régime des scissions, c'est la procédure juridique spécifique à ces opérations qui va s'appliquer :

- Rédaction d'un contrat d'apport contenant l'indication de la branche d'activité apportée, la désignation des éléments actifs et passifs dont la transmission est prévue ainsi que les autres mentions requises par l'article R 236-1, al. 2 s ;
- Le projet de contrat d'apport doit être déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social de chacune des sociétés participant à l'opération et faire l'objet d'une insertion dans un journal d'annonces légales ;
- Les dirigeants sociaux doivent demander au président du tribunal de commerce statuant sur requête la désignation d'un commissaire qui devra présenter aux associés ou actionnaires de la société apporteuse comme à ceux de la société bénéficiaire un rapport sur les modalités de l'opération.

  L'intervention du commissaire à la scission peut être écartée lorsque les associés ou actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération le décident à l'unanimité (sous réserve de l'obligation de faire désigner un commissaire aux apports ou lorsque l'apport partiel d'actif est réalisé au profit d'une société nouvelle et sous réserve que les parts ou actions de cette société soient attribuées aux actionnaires ou associés de la société apporteuse proportionnellement à leurs droits dans le capital de celle-ci.

  Le projet d'apport partiel d'actif doit être soumis aux associés ou actionnaires de la société apporteuse et de la société bénéficiaire, statuant dans les conditions requises pour la modification des statuts.

2.2.1.3.1.2 L'apport en nature

A. Présentation des opérations d'apport en nature

Définition

On désigne sous le nom d'apport en nature tout apport d'un bien autre qu'une somme d'argent. Tout bien meuble (corporel ou incorporel) ou immeuble susceptible d'une évaluation pécuniaire et dont la propriété ou la jouissance sont transférables peut être apporté en société.

La différence essentielle entre la vente et l'apport en nature réside dans la rémunération de l'opération : dans les deux cas on se trouve en présence d'une opération à titre onéreux mais le vendeur est rémunéré par un prix et l'apporteur, quant à lui, est rémunéré par l'attribution de droits sociaux.

Etendue des droits apportés
Il peut être effectué en propriété, mais également en usufruit ou en jouissance et avoir pour objet les biens les plus divers.

Apport en pleine propriété

Le principe

En application des dispositions de l'article 1843-3, al. 2 du Code civil, l'apport en propriété est réalisé :
- par le transfert à la société de la propriété des biens apportés,
- et par la mise de ces biens à la disposition effective de la société.

En l'absence de précisions légales sur les modalités de la mise à disposition, celle-ci doit, par analogie avec l'obligation de délivrance en cas de vente à laquelle elle s'apparente, être effectuée conformément aux articles 1604 s. du Code civil.

L'apporteur doit s'engager à transférer le bien à la société. Cet engagement est pris par **écrit** dans l'acte d'apport.

En échange de son bien, l'apporteur reçoit des droits sociaux.

L'apporteur est tenu de garantir la société dans les mêmes conditions qu'un vendeur à l'égard de son acheteur (C. civ. art. 1843-3, al. 3). A ce titre il doit une garantie d'édiction des vices cachés.

Il convient de préciser que le transfert des risques suit le transfert de la propriété

Apport en jouissance

Le principe
L'apport en jouissance est la mise d'un bien à la disposition de la société pour un temps déterminé sans transfert au profit de celle-ci du droit de propriété ; la société peut user librement de ce bien, mais l'apporteur en reste propriétaire.

L'intérêt de cette formule pour l'apporteur tient au fait que celui-ci a l'assurance de récupérer son bien à la disparition de la société : ce bien ne sera pas compris dans le partage et sera soustrait à l'action des créanciers sociaux puisqu'il ne fait pas partie en propriété du patrimoine social.

Objet de l'apport en jouissance
L'apport en jouissance peut porter sur tous les biens susceptibles d'un apport en propriété (immeuble, fonds de commerce, matériel, etc.).

Durée
La société peut user du bien apporté en jouissance pendant un délai librement convenu (généralement la durée effective de la société).

En cas d'apport en jouissance « pour la durée de la société » et de dissolution anticipée de ladite société, l'apporteur reprend, avant tout partage, les objets qu'il n'avait mis en commun que pour la jouissance (CA Aix 31-5-1951 : JCP 1952 II n° 6792 note Bastian).

En revanche, si l'apport a été fait pour une durée déterminée et si la dissolution intervient avant l'expiration de cette durée, le droit de jouissance fait partie de l'actif social à liquider ou à partager.

B. Réalisation de l'apport en jouissance

Malgré son caractère successif, l'apport en jouissance doit être considéré comme libéré intégralement dès que l'apporteur a mis le bien concerné à la disposition de la société. Un tel apport est donc possible dans toutes les formes de sociétés, même dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée pour lesquelles la loi exige une libération intégrale des apports dès la constitution ou l'augmentation du capital de la société (en ce sens, CA Aix 31-5-1951 : JCP 1952 II n° 6792 note Bastian).

En vertu de l'article 1843-3, al. 2 du Code civil, « les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à disposition effective des biens ».

Il s'ensuit que l'apport en jouissance est réalisé dès que l'apporteur a mis la société en mesure de jouir paisiblement du bien apporté.

Certes, l'apporteur doit procurer cette jouissance paisible à la société pendant toute la durée convenue dans l'acte d'apport puisqu'il est tenu envers la société comme un bailleur envers son locataire.

L'apport en jouissance n'est pas soumis aux formalités de publicité requises pour l'apport en propriété d'un bien immobilier ; toutefois, il est prudent de publier à la conservation des hypothèques l'apport en jouissance d'un immeuble pour une durée supérieure à douze ans comme le prévoit, en matière de bail, l'article 28 du décret du 4 janvier 1955.

L'apporteur en jouissance doit garantir la société dans les mêmes conditions qu'un bailleur envers son preneur (C. civ. art. 1843-3, al. 4). En conséquence, il doit procurer à la société une jouissance paisible du bien apporté (C. civ. art. 1719).

Les risques de perte ou de détérioration du bien apporté en jouissance restent à la charge de l'apporteur.

Apport d'un usufruit

L'apport d'un usufruit est soumis aux mêmes règles que l'apport en propriété (en ce qui concerne la transmission du droit, la garantie et les risques,

Règles particulières aux autres apports en nature

Apport d'un droit au bail

La validité de l'apport du droit au bail à une société est fonction de la **nature du fonds** loué.

- Le bail à construction
L'article L 251-3, al. 3 du Code de la construction et de l'habitation permet au preneur d'un bail à construction de céder tout ou partie de ses droits ou d'en faire apport à une société. Cette disposition étant d'ordre public (CCH art. L 251-8), aucune clause du bail - notamment celle prévoyant l'obligation de faire concourir le bailleur à l'acte de cession ou d'apport - ne peut, selon le ministre de la justice, limiter la faculté d'apport (Rép. Larche : Sén. 22-9-1983 p. 1333 n° 12832).

- Le bail commercial
L'apport d'un bail commercial est assimilé par la jurisprudence à une cession (Cass. com. 8-3-1949 : D. 1949 p. 332). En conséquence, l'apport doit être signifié au bailleur, à moins que celui-ci n'intervienne à l'acte d'apport rédigé chez le notaire.

Ainsi, le transfert d'un bail commercial intervenu à l'occasion d'un apport partiel d'actif non soumis au régime des scissions sans avoir été signifié au bailleur a été déclaré inopposable à ce dernier et la société bénéficiaire de l'apport, qualifiée d'occupant sans droit ni titre, a été expulsée des locaux (CA Paris 27-2-1992 : RJDA 6/92 n° 588).

Cette assimilation conduit aussi à soumettre l'apport du bail au droit de préemption prévu à l'article L 214-1 du Code de l'urbanisme

Apport d'un immeuble
L'apport d'un immeuble en société doit faire l'objet d'une publication à la conservation des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble. Il en est ainsi même si la société est constituée entre les seuls copropriétaires indivis de l'immeuble apporté.

La société peut opposer au tiers son droit de propriété sur l'immeuble dès que la publication est effectuée.
Pour pouvoir être publié, l'acte d'apport doit avoir été passé **en la forme authentique** (C. civ. art. 710-1, al. 1 issu de la loi 2011-331 du 28-3-2011).

L'apport en société peut faire l'objet d'un droit de préemption :
- lorsque l'immeuble est situé dans une zone d'aménagement différé (ZAD), dans un périmètre provisoire de ZAD ou dans le territoire d'une commune titulaire d'un droit de préemption urbain ou encore dans un espace naturel « sensible » ;
- lorsque l'immeuble est un terrain situé dans un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité dès lors ce terrain porte ou est destiné à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 m².

Apport de créances
L'apport d'une créance est un apport en nature. Deux règles spéciales sont à signaler à propos des apports de créances :

- Formalités. L'apport d'une créance doit être signifié au débiteur ou accepté par lui dans un acte authentique (C. civ. art. 1690). A défaut, il est inopposable aux tiers : ainsi, les créanciers personnels de l'apporteur sont fondés à invoquer l'absence de signification pour saisir la créance de l'apporteur sur le débiteur cédé.

- Garantie. L'apporteur ne garantit que l'existence de la créance, sauf s'il s'engage à garantir la solvabilité du débiteur. Toutefois, cette règle ne joue pas s'il y a eu remise d'une créance sur un tiers pour libérer un apport en numéraire : dans ce cas, l'apporteur doit verser l'intégralité de la somme promise en apport, même celle dont le recouvrement n'a pas été possible (Cass. civ. 7-11-1899 : D. 1900 I p. 369).

Apport de droits sociaux
L'apport de parts de société en nom collectif, en commandite simple ou à responsabilité limitée doit être signifié à la société ou accepté par elle dans un acte authentique, ces formalités pouvant être remplacées par le dépôt au siège social d'un original de l'acte d'apport.

S'il s'agit d'actions de société anonyme, de société en commandite par actions ou de société par actions simplifiée, l'apport se fait par virement du compte de l'apporteur à celui de la société bénéficiaire de l'apport, dans les livres de la société émettrice s'il s'agit de titres nominatifs ou dans ceux d'un intermédiaire habilité si les titres sont au porteur.

Les dispositions législatives ou statutaires imposant l'agrément des associés en cas de cession de parts ou actions sont applicables en cas d'apport en société.

Toutefois, l'agrément est écarté lorsque l'apport des droits sociaux est effectué au titre d'une fusion ou d'une scission.

Apports de biens indivis ou de droits sur des biens indivis
Un indivisaire ne peut apporter un bien indivis à la société que si les autres indivisaires consentent à cet apport (C. civ. art. 815-3). Tout apport réalisé sans le consentement de ces derniers leur est inopposable, mais seulement pour la part de leurs droits dans l'indivision

C. Déroulement des opérations d'apport en nature

Le principe :
Les apports en nature sont rémunérés par des droits sociaux que la société bénéficiaire de l'apport émettra dans le cadre d'une augmentation de capital.

Contrairement à l'augmentation de capital par apport en numéraire, il est possible de procéder à une augmentation de capital par apport en nature sans pour autant qu'il soit nécessaire que le capital initial soit préalablement libéré.

Cette rémunération suppose une évaluation préalable tant des biens apportés que des droits sociaux attribués en contrepartie de ces biens : l'augmentation de capital de la société bénéficiaire de l'apport, doit permettre de rémunérer équitablement cet apport. Cela conduit à réaliser une évaluation des actions de la société apporteuse et à calculer une « parité d'échange ».

Les principales étapes de l'opération sont les suivantes :
- Rédaction d'un contrat d'apport contenant la désignation et la consistance des biens apportés, leur évaluation, le nombre de droits sociaux à émettre pour les rémunérer, la détermination de la prime d'apport si la valeur des droits sociaux émis est supérieur à leur valeur nominale et le cas échéants les avantages particuliers ;
- En cas d'apport en nature à une société anonyme, tenue d'un conseil d'administration ou de surveillance convoqué à l'effet de délibérer sur le projet de contrat d'apport et d'autoriser le représentant légal à le signer ;
- Le cas échéant respect du régime des conventions réglementées dans la société apporteuse et non la bénéficiaire ;
- Désignation du commissaire aux apports.

Etant précisé que le volet « droit des entreprises » de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives modifie le régime des augmentations de capital par apport en nature des sociétés par actions ou des SARL en permettant également la désignation du commissaire aux apports par décision unanime des associés.

Dès lors en cas d'apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à l'unanimité des actionnaires (SA) ou associés (SARL/SAS) ou, à défaut, par décision de justice, étant précisé que désormais dans les SARL la désignation du commissaire aux apports sur décision de justice peut être effectuée sur demande non seulement d'un associé mais, également du gérant.

Le rapport du commissaire aux comptes doit être tenu au siège social, à la disposition des associés, et déposé au greffe du tribunal de commerce, huit jours au moins avant le date de l'assemblée.

L'augmentation de capital par apport en nature relève en principe de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire.

Accomplissement des formalités :

- Formalités d'enregistrement,
- Insertion dans un journal d'annonces légales de la réalisation de l'augmentation de capital,
- Inscription modificative au registre du commerce et des sociétés,
- Publicité à la conservation des hypothèques

2.2.1.3.2 La fiscalité

Pour pouvoir bénéficier de plein droit du régime spécial des fusions en matière d'impôt sur les sociétés et de distribution de revenus mobiliers, l'apport partiel d'actif doit porter sur une branche complète d'activité ou sur des éléments assimilés.

En matière de droits d'enregistrement, le régime spécial est en principe subordonné à la condition que l'apport porte sur une branche complète et autonome d'activité.

Il en résulte les incidences suivantes :

Impôt sur les sociétés
Plus-value imposable sauf lorsque l'apport porte sur une Branche Complète d'Activités pouvant sur option bénéficier du régime fiscal de faveur des fusions.

TVA
Régime de dispense de TVA prévue en cas de transmission universelle de patrimoine si réalisée entre deux assujettis redevables de la TVA et si conditions remplies (Art. 257 bis CGI)**.**

Droits d'enregistrement
Apport d'une branche complète d'activité : droit fixe de 375 ou 500 € selon que le capital de la bénéficiaire après l'apport sera inférieur ou supérieur à 225.000 €.

2.2.2 Les autres modalités de restructuration du patrimoine immobilier

2.2.2.1 Les baux

2.2.2.1.1 Le bail emphytéotique

2.2.2.1.1.1 La définition

La définition du bail emphytéotique résulte de l'article L. 451-1 du Code rural. Ainsi, selon ce texte, "*Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction*.".

Le bail emphytéotique constitue ainsi une variété du contrat de louage de chose, qui confère au preneur (appelé "emphytéote"), pendant une durée comprise entre plus de dix-huit ans et quatre-vingt-dix-neuf ans, un droit réel immobilier de jouissance sur l'immeuble loué, qui l'autorise à hypothéquer ce droit, à le céder et qui peut être saisi.

Cette définition de l'emphytéose doit toutefois être complétée au regard des dispositions de l'article L. 451-10 du Code rural, aux termes duquel "L'emphytéote profite du droit d'accession pendant toute la durée du bail". Ainsi, et en principe (sauf clause contraire dans le bail ; V. C. rur., art. L. 451-3, al. 2), le preneur à bail emphytéotique se voit conférer un droit de superficie temporaire, véritable droit de propriété immobilière, sur les améliorations, constructions et autres plantations dont il est l'auteur, qui s'ajoute, à titre d'accessoire, au droit réel de jouissance portant sur l'immeuble (V. Fr. Roussel, note sous CE, 8 déc. 1999 : Dr. et patrimoine, n° 95. - Juill.-août 2001, chr. n° 2895, p. 110, spéc. p. 111, 1e col. in fine).

Le régime juridique du bail emphytéotique de droit privé est prévu par les articles L 451-1 à L 451-13 du Code rural, applicable à défaut de convention contraire. Depuis la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent consentir sur leur domaine public des baux emphytéotiques à des personnes privées.

2.2.2.1.1.2 Les caractéristiques juridiques

Textes applicables :

- Articles L 451-1 à L 451-13 du Code rural.
- L 1311-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.
- Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, d'amélioration de la décentralisation.
- Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002, d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.
- Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques.
- Décret du 16 mars 1983, portant révision du Code rural en ce qui concerne les dispositions législatives relatives aux baux ruraux.

A. Le Bail emphytéotique de droit privé

Le bail emphytéotique se caractérise essentiellement par sa longue durée et par le démembrement de propriété qu'il opère en conférant au preneur emphytéote **un droit réel immobilier de jouissance sur le bien loué.**

Par ailleurs, la convention impose souvent, mais pas nécessairement, à l'emphytéote l'obligation de faire des améliorations, des plantations ou des constructions que le propriétaire fera siennes en fin de bail. Mais l'exploitant bénéficie généralement dans ce cas d'une contrepartie : le montant de la redevance due au bailleur (le "canon emphytéotique") est faible.

Durée du bail

Selon l'article L. 451-1, alinéa 2, du Code rural, "Le bail emphytéotique doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction".

Si la durée de la location est inférieure à dix-huit ans, le contrat ne peut être qualifié de bail emphytéotique. Il n'est pas inutile, en outre, de s'interroger sur le sort du bail conclu pour plus de 99 ans. Selon la jurisprudence, la durée de ce bail doit être ramenée à la limite extrême permise par la loi. Par ailleurs, lorsque les parties ont fait dépendre la cessation de l'emphytéose d'un événement indéterminé dans le temps, le contrat prend fin dès qu'il s'est écoulé quatre-vingt-dix-neuf ans sans que l'événement prévu se soit réalisé.

L'article L. 451-1, alinéa 2, in fine, du Code rural énonce que le bail emphytéotique ne peut se prolonger par tacite reconduction.

Par ailleurs, l'emphytéote ne saurait en aucun cas se prévaloir des dispositions législatives spécifiques instituant au profit du preneur un droit au maintien dans les lieux ou un droit de renouvellement en matière de baux d'habitation, de baux commerciaux ou de baux ruraux soumis au statut du fermage.

Néanmoins, suivant une décision de la cour d'appel de Limoges du 26 juin 2003, "si le bail emphytéotique ne peut se prolonger par tacite reconduction, il n'est pas formellement interdit aux parties, dont la convention est la loi, de stipuler le contraire et de prévoir expressément sa reconduction dans certaines conditions

Nature du droit de l'emphytéote

Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. (C. rur., art. L. 451-1, al. 1er).

Obligation d'investir

La loi demeure silencieuse quant à l'obligation ou non du preneur d'investir sur le fonds loué. En principe, l'emphytéote n'est tenu d'améliorer, de planter ou de construire que si une clause spéciale du bail le prévoit. L'absence d'une telle clause ne saurait, à elle seule, entraîner la disqualification du contrat.

Néanmoins, il convient de préciser, qu'en vertu du caractère réel du droit de l'emphytéote, si la convention interdit au preneur de faire des travaux de construction ou de démolition sans l'autorisation du bailleur et prévoit que les améliorations à apporter resteront à la charge de ce dernier, le bail ne peut être qualifié d'emphytéose.

D'une manière générale, toute clause se révélant incompatible avec la constitution d'un droit réel exclut la qualification de bail emphytéotique.

Redevance
La loi ne comporte aucune disposition relative à la fixation du montant du « canon emphytéotique ». En pratique, celui-ci est généralement peu élevé lorsqu'une clause du contrat oblige le preneur à apporter des améliorations au fonds.

En conséquence, la qualification de bail emphytéotique ne suppose que la réunion des deux éléments essentiels visés par l'article L. 451-1 du Code rural. La convention doit avoir été conclue pour une longue durée (plus de dix-huit ans). Il faut, en outre, que le preneur soit titulaire d'un droit réel librement cessible, saisissable et susceptible d'hypothèque.

Objet et formation du bail emphytéotique

L'emphytéose peut s'appliquer non seulement à un immeuble rural, mais aussi à un immeuble d'habitation ou à un immeuble à usage industriel ou commercial.

Concernant les baux portant sur un immeuble à usage industriel, commercial ou artisanal, en vertu de l'article L. 145-3 du Code de commerce, les dispositions du statut des baux commerciaux ne sont pas applicables aux baux emphytéotiques, sauf en ce qui concerne la révision du loyer.
A ce titre, le preneur ne saurait prétendre au renouvellement, puisque l'emphytéose ne peut comporter ce droit.
Toutefois, la Cour de cassation admet normalement la révision du prix du bail emphytéotique dans les conditions prévues par la réglementation spéciale des baux commerciaux.

En revanche, les dispositions du statut des baux commerciaux s'appliquent, dans les cas prévus aux articles L. 145-1 et L. 145-2 du code de commerce, aux baux passés par les emphytéotes, sous réserve que la durée du renouvellement consenti à leurs sous-locataires n'ait pas pour effet de prolonger l'occupation des lieux au-delà de la date d'expiration du bail emphytéotique (C. com., art. L. 145-3).

Capacité des cocontractants

Le propriétaire bailleur
Les conditions de capacité nécessaires pour consentir un bail emphytéotique sont prévues par l'article L. 451-2 du Code rural. Ainsi, « *Le bail emphytéotique ne peut être valablement consenti que par ceux qui ont le droit d'aliéner, et sous les mêmes conditions, comme dans les mêmes formes. Les immeubles appartenant à des mineurs ou à des majeurs sous tutelle peuvent être donnés à bail emphytéotique en vertu d'une délibération du conseil de famille. Lorsque les époux restent soumis au régime dotal, le mari peut donner à bail emphytéotique les immeubles dotaux avec le consentement de la femme et l'autorisation de justice* ».

Aux termes de l'article 815-3 du Code civil, en cas de bail portant sur des biens indivis, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis, pour effectuer tout acte de disposition autre que la vente des meubles indivis pur payer les dettes et charges de l'indivision, ainsi que pour conclure ou renouveler des baux portant sur un immeuble à usage agricole, industriel ou commercial.

Le respect de la règle de l'unanimité s'impose donc s'agissant de la conclusion d'un bail emphytéotique portant sur des biens indivis.

L'usufruitier peut consentir un bail emphytéotique. Mais s'agissant d'un fonds rural ou d'un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal, l'opération suppose le concours du nu-propriétaire, sauf autorisation de justice (C. civ., art. 595, al. 4).

L'Emphytéote

Pour stipuler à son profit un droit d'emphytéose, il faut être capable d'acquérir et de s'obliger.

Formalités

Le bail emphytéotique doit être publié au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble.
Pour être admis à la formalité de la publicité foncière qui rend la convention opposable aux tiers, **le bail emphytéotique doit être reçu par acte notarié** ou **par acte sous signatures privées déposé en l'étude d'un notaire avec reconnaissance d'écriture et de signatures**.

Conformément aux dispositions de l'article L. 125-5, I, du Code de l'environnement, le bailleur doit préciser à l'emphytéote si les biens loués sont situés dans une zone couverte par un plan de prévention des risques technologiques ou naturels prévisibles, ou dans une zone de sismicité. En outre, dans l'affirmative, le bail emphytéotique étant obligatoirement établi par écrit, un état des risques, fondé sur les renseignements fournis par le Préfet, doit être annexé à l'acte constatant l'entrée dans les lieux d'un nouveau preneur ; cet état des risques doit être établi conformément au modèle défini par l'administration, moins de 6 mois avant la date de conclusion du bail auquel il est annexé (C. env., art. L. 125-5, II, et R. 125-26, comb. ; A. 13 oct. 2005 : Journal Officiel 18 Novembre 2005).
En cas de non-respect par le bailleur de cette double obligation, le preneur peut poursuivre la résiliation du bail, ou solliciter une diminution du prix (C. env., art. L. 125-5, V).

Ensuite, si le bien loué comporte une partie à usage d'habitation, le propriétaire bailleur doit communiquer le dossier de diagnostic technique (pour le contenu de ce rapport cf. partie Vente immobilière paragraphe 2.2.1.1.1.2.)

En principe, le bail emphytéotique échappe, par nature, aux différents droits de préemption institués en matière civile (droit de préemption des coïndivisaires), urbaine (droit de préemption urbain et des espaces naturels sensibles) ou rurale (droit de préemption de la SAFER).

Droits et obligations des parties

Pour fixer le contenu du contrat, les parties disposent d'une assez grande liberté. Telle qu'elle résulte du Code rural, la réglementation relative au bail emphytéotique est en effet purement supplétive.

Seules doivent être considérées comme d'ordre public les dispositions liées à la qualification du contrat. Il en est essentiellement ainsi des deux règles édictées par l'article L. 451-1 du Code rural : le bail confère au preneur un droit réel immobilier de jouissance librement cessible, saisissable et susceptible d'hypothèque, et il doit avoir été conclu pour une longue durée *(C. rur., art. L. 451-1)*.

Situation du bailleur

Le propriétaire perçoit la redevance fixée au contrat. Cette redevance, qui est souvent modique, peut être fixée en argent ou en denrées. Dans le premier cas, il n'est pas interdit d'en indexer le montant

Si le preneur fait des améliorations ou des constructions qui augmentent la valeur du fonds, il ne peut les détruire, ni réclamer à cet égard aucune indemnité (C. rur., art. L. 451-7, al. 2).

À l'expiration du contrat, le bailleur devient propriétaire des améliorations ou des constructions réalisées sur son terrain pendant la location et ce sans indemnisation du preneur.

Situation de l'emphytéote
L'emphytéote doit exécuter les conditions du contrat et, notamment, s'acquitter de la redevance fixée sous peine d'encourir la résiliation à la demande du bailleur. Ainsi et sous réserve des adaptations prévues le cas échéant par le contrat (C. rur., art. L. 411-53, al. 3), le preneur ne peut-il se libérer de la redevance, ni se soustraire à l'exécution des conditions du bail emphytéotique en délaissant le fonds (C. rur., art. L. 451-6).

Le preneur ne peut opérer dans le fonds aucun changement qui en diminue la valeur. Si le preneur fait des améliorations ou des constructions qui augmentent la valeur du fonds, il ne peut ni les détruire, ni réclamer à cet égard aucune indemnité (C. rur., art. L. 451-7).

Le contrat peut faire obligation au preneur d'apporter des améliorations au bien loué ; dans ce cas, la redevance est généralement modique.

En ce qui concerne les constructions existant au moment de son entrée en jouissance et celles qui auront été élevées en exécution de la convention, le preneur est tenu des réparations de toute nature. Il n'est toutefois pas tenu de reconstruire les bâtiments s'il rapporte la preuve que ceux-ci ont été détruits par cas fortuit, par force majeure ou par suite d'un vice de construction antérieur au bail.

Le Bail emphytéotique confère un droit réel immobilier au preneur. Celui-ci est donc investi de prérogatives beaucoup plus larges que celles dont bénéficie un locataire ordinaire.

L'emphytéote dispose d'une grande liberté pour exploiter (lui-même, ou par un tiers sous-locataire) ou transformer le fonds loué. Il peut hypothéquer son droit pour se faire consentir des crédits ou le céder librement ; la faculté de sous-louer lui est également reconnue (C. rur., art. L. 451-1, al. 1er). Il convient d'ailleurs, pour que la qualification de bail emphytéotique ne puisse être remise en cause en justice, qu'aucune clause du bail ne se révèle incompatible avec la constitution du droit réel devant profiter à l'emphytéote.

Le preneur peut également acquérir au profit du fonds des servitudes actives et le grever, par titres, de servitudes passives, pour un temps qui n'excédera pas la durée du bail et à charge d'avertir le propriétaire (C. rur., art. L. 451-9).

Le droit réel découlant de l'emphytéose peut saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière (C. rur., art. L. 451-1).

Fin du bail emphytéotique
A l'expiration du BE le bien devient la propriété du bailleur, sans qu'il ait à verser une indemnité.

S'agissant des baux conclus par l'emphytéote il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'un bail d'habitation ou d'un bail commercial :

Le bail d'habitation
La Cour de Cassation (Civ. 3e, 2 juin 2010) considère que le bail est opposable au propriétaire, aucun texte ne lui permettant de s'exonérer de l'application des dispositions d'ordre public de la loi n° 89-462 de du 6 juillet 1989.

Il lui incombera, de mettre fin au bail en délivrant un congé au locataire dans le strict respect de l'article 15 de cette loi (congé ne pouvant intervenir qu'en fin de contrat, avec un préavis de six mois et nécessairement motivé par le souhait de reprendre le local pour l'habiter, pour le vendre ou en raison d'un motif légitime et sérieux).

Le bail commercial
Aux termes de l'article L. 145-3, in fine, du code de commerce, si les dispositions statutaires s'appliquent, dans les cas prévus aux articles L. 145-1 et L. 145-2, aux baux passés par les emphytéotes, ce n'est que sous la réserve expresse que « la durée du renouvellement consenti à leurs sous-locataires n'ait pas pour effet de prolonger l'occupation des lieux au-delà de la date d'expiration du bail emphytéotique ». Par conséquent, le titulaire d'un bail commercial ne peut, à l'expiration du bail emphytéotique, prétendre à aucun droit au renouvellement et au paiement d'une indemnité d'éviction.

B. Le Bail emphytéotique de droit administratif

Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du Code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public ou en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation.

Ce bail emphytéotique, dénommé bail emphytéotique administratif (BEA), obéit à un régime particulier et dérogatoire aux articles L. 451-1 et suivants du Code rural, précisé à l'article L. 1311-3 du Code général des collectivités territoriales.

<u>Les critères de qualification d'un bail emphytéotique administratif</u>
Le bail emphytéotique administratif consacré par le législateur présente plusieurs spécificités et son champ d'application est strictement délimité.

Caractère administratif du bail emphytéotique
Lorsque les collectivités territoriales et les établissements de santé concluent un bail emphytéotique sur leur domaine privé, ce contrat ne sera pas nécessairement un contrat administratif. Cependant, la qualification de contrat administratif sera retenue lorsque, en application des critères jurisprudentiels, le contrat est conclu en vue de confier une mission de service public (ce qui peut cependant entraîner une requalification de la dépendance) et surtout s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun.

Le bail emphytéotique administratif conclu sur le domaine public est nécessairement un contrat administratif

Etendue du droit réel
Le droit réel né du bail emphytéotique et les constructions réalisées sur son fondement peuvent être hypothéquées par le preneur sous certaines conditions, notamment d'agrément par l'administration et uniquement en vue du financement de la construction ou de l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué. Le BEA peut aussi être cédé à une personne subrogée dans l'intégralité des droits et obligations du preneur découlant tant du bail que des conventions non détachables conclues pour la réalisation de l'opération d'intérêt général ou de service public.

La cession doit être préalablement agréée par l'administration qui ne peut refuser sauf à démontrer que le cessionnaire ne justifie pas d'une capacité technique et financière suffisante pour prendre en charge l'ensemble de ses obligations.

Durée du bail

Le bail emphytéotique administratif doit être conclu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans. Cependant, lorsque le bail emphytéotique administratif est associé à une délégation de service public, le contrat sera alors limité dans sa durée en raison des règles s'imposant à ces contrats. En effet, le Code général des collectivités territoriales (CGCT, art. L. 1411-2) dispose en premier lieu que "les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée, et lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en oeuvre". Si le législateur n'a pas imposé de durée limitée pour les délégations de service public en général, le respect du droit de la concurrence et particulièrement le principe de l'égalité d'accès à la commande publique s'oppose a priori à une durée excessivement longue de ces contrats

Objet du bail emphytéotique administratif

Le BEA ne peut porter que sur le domaine public ou privé des collectivités territoriales de leurs groupements et de leurs établissements publics. Le preneur peut être une personne publique ou privée.

Une personne publique ne peut conclure de bail emphytéotique que si le projet poursuit certains objectifs limitativement énumérés à l'alinéa 1er de l'article L. 1311-2 du CGCT.

Cet article précise que le bail emphytéotique administratif permet à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, propriétaire d'un bien immobilier, de le louer :

- soit en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public dont ils sont chargés ;
- soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ;
- soit en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement public de santé avec lequel ils conduisent une action de coopération.

Depuis 2009, l'Etat et ses établissements publics peuvent également conclure un BEA pour la réalisation de logements sociaux.

Les parties au bail

Le bailleur

Le bailleur doit être une « collectivité territoriale » (article L.1311-2 du CGCT), « un établissement public des collectivités territoriales ou un groupement de ces collectivités » (article L.1311-4 du CGCT) ou un établissement public de santé (art. L.6148-3 du code de la santé publique) ;

Le preneur

Le bailleur peut contracter avec une personne publique ou privée.

En effet, le bail emphytéotique administratif est susceptible d'être consenti à toutes personnes privées sans aucune distinction : il pourra s'agir d'entreprises commerciales, d'associations, de personnes physiques, de sociétés d'économie mixte.

A l'origine, les personnes publiques étaient exclues du champ d'application de la loi du 5 janvier 1988 qui limitait la possibilité de conclure un tel bail "en faveur d'une personne privée". Une telle restriction n'était pas justifiée, notamment au regard du développement constant des relations contractuelles entre personnes publiques. Cette erreur a été corrigée par la loi n°2002-1094 du 29 août 2002 qui supprime toute référence à la qualité du preneur, et qui autorise donc la conclusion de tels contrat avec une autre personne publique, y compris l'État.

La conclusion du bail

Le contenu du BEA

Le code impose peu de règles quant au contenu du contrat, largement gouverné par la liberté contractuelle des parties.

Cependant dans un souci de sécurité juridique, il est utile de prévoir avec précision certains éléments notamment : la nature et l'étendue exacte de la dépendance concernée, le montant de la redevance et les conditions de révision de celle-ci, la durée du contrat, et les possibilités de résiliation de celui-ci ainsi que les conditions de calcul de l'indemnisation du cocontractant.

Lorsque le contrat a pour objet de confier une mission de service public, le contrat doit prévoir de façon détaillée l'étendue exacte de cette mission. Si celle-ci amène à conclure une convention de délégation de service associée au bail emphytéotique administratif, celle-ci devra respecter les conditions fixées par l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales.

Les phases essentielles de la conclusion d'un BEA

- Elaboration du projet de bail : négociation avec l'emphytéote (détermination de la durée, des aménagements et améliorations à réaliser, fixation du loyer, de son indexation, des modalités de révision, des conditions de résiliation, droit de sous-location, de cession, d'hypothèque) ;
- Mise au point du bail ;
- Délibération de l'assemblée délibérante ;
- Transmission au préfet pour contrôle de légalité ;
- Signature du bail par l'organe exécutif.

Soumission à des obligations de mise en concurrence

Le principe est que le bail emphytéotique administratif "autonome" n'est pas soumis à des obligations de mise en concurrence, et ce contrairement au bail emphytéotique hospitalier est encadré par des règles de mise en concurrence, Ce dernier, lorsqu'il n'est pas autonome, mais au contraire associé à un autre contrat lui-même soumis à des obligations de mise en concurrence, peut se trouver ipso facto soumis à ces obligations.

Le BEA n'est en principe soumis à aucune procédure particulière de passation, échappant ainsi aux règles relatives aux marchés publics et à la maîtrise d'ouvrage public.

En revanche, le contrat peut être considéré comme un marché public en droit communautaire s'il excède certains seuils et s'il décrit précisément les ouvrages à réaliser.

En outre, si le BEA est lié à une « convention non détachable », il peut être soumis au régime des marchés publics. En effet, le décret n°2011-2065 du 30 décembre 2011 est venu fixer les règles de passation des BEA. Ce décret confirme l'état du droit constaté par la jurisprudence : les BEA accompagnés d'une convention non détachable constituant un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou une concession de travaux publics, doivent être passés après publicité et mise en concurrence selon les règles applicables à ces contrats.

Il convient de distinguer :

- Le cas des BEA « simples », qui ne constituant pas des marchés publics ou des délégations de service public ne sont pas soumis à publicité et à mise en concurrence ;
- Les cas des BEA « complexes », qui sont soumis à ces obligations.

Droits et obligations des parties

Situation du bailleur

La jurisprudence administrative reconnaît à la personne publique le droit de modifier et résilier unilatéralement le contrat en l'absence de toute faute de son cocontractant.

Situation de l'emphytéote

Le BEA donne lieu au paiement d'une redevance qui se trouve être la plupart du temps modique en raison des prescriptions imposées au preneur pour satisfaire un but d'intérêt général.

Le preneur devra respecter certaines obligations. La spécificité du bail emphytéotique administratif au regard du bail emphytéotique de droit commun se manifeste essentiellement dans les droits qui lui sont reconnus : s'il dispose bien d'un droit réel susceptible d'hypothèque et de cession, ces deux facultés ne peuvent s'exercer qu'en respectant de strictes conditions.

Les droits résultant d'un tel bail ne peuvent- être cédés qu'avec l'agrément de la collectivité territoriale et qu'au profit d'une personne subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant de ce bail et, le cas échéant, des conventions non détachables conclues pour l'exécution du service public ou la réalisation de l'opération d'intérêt général.

Le droit réel conféré au titulaire du bail, de même que les ouvrages dont il est propriétaire, ne sont également susceptibles d'hypothèque que pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué.

Ces emprunts sont d'ailleurs pris en compte pour la détermination du montant maximum des garanties et cautionnements qu'une collectivité territoriale est autorisée à accorder à une personne privée.

En outre, le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par la collectivité territoriale, et seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du bail.

La collectivité territoriale a également la faculté de se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail et, le cas échéant, les conventions non détachables.

Fin du bail emphytéotique administratif

À l'expiration du bail, la propriété des ouvrages est transférée au bailleur automatiquement et sans indemnité. Le juge a admis qu'à l'expiration du bail, si la collectivité souhaite renouveler le contrat, l'ancien titulaire peut se porter candidat, sous réserve que les conditions de reprise ne conduisent pas à fausser le principe de libre concurrence.

Les litiges relatifs à ces baux sont de la compétence des tribunaux administratifs. Les constructions réalisées dans le cadre de ces baux peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail, les contrats devant alors comporter des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

2.2.2.1.1.3 La fiscalité

Impôt sur les sociétés

Bailleur

Assujettissement du loyer à l'impôt sur les sociétés en principe au taux de droit commun sous réserve du statut spécifique du bailleur au regard de l'impôt sur les sociétés.

Preneur
Loyers et dépenses d'entretien, de réparation déductibles en application des règles fiscales propres à la nature du preneur et à la nature des dépenses.

Les dépenses ayant le caractère de travaux d'amélioration, d'aménagement, ...doivent être immobilisées et amorties sur la durée normale d'utilisation de chaque élément ou sur la durée du bail si celle-ci est plus courte.

Cession des droits du bailleur et du preneur
Bailleur et preneur : application du régime d'imposition des plus ou moins-values immobilières. En effet, il s'agit d'une cession de droits réels immobiliers.

TVA

Option possible du bailleur pour l'application de la **TVA sur les loyers.**

Lors de la cession de ses droits par le preneur : application possible de la TVA en fonction de la nature de la nature du bien sur lequel porte le droit dont il s'agit.

Droits d'enregistrement

Acte constitutif d'un bail emphytéotique : TPF à 0,715% sauf si option pour la TVA.

Assujettissement des loyers à la contribution sur les revenus locatifs sauf si option pour la TVA.

Cession par le bailleur de ses droits : application du régime fiscal des mutations d'immeubles (Art. 1378 bis du CGI) - application de la formalité fusionnée.

Cession par le preneur de ses droits: application du régime fiscal des mutations d'immeubles (Art. 1378 bis du CGI) - application de la formalité fusionnée.

2.2.2.1.2 Le bail à réhabilitation

2.2.2.1.2.1 La définition

Suivant le premier alinéa de l'article L. 252-1 du Code de la construction et de l'habitation (modifié par L. n° 2009-323, 25 mars 2009) :

Est qualifié de bail à réhabilitation et soumis aux dispositions du présent chapitre le contrat par lequel soit un organisme d'habitations à loyer modéré, soit une société d'économie mixte dont l'objet est de construire, ou de donner à bail des logements, soit une collectivité territoriale, soit un organisme bénéficiant de l'agrément relatif à la maîtrise d'ouvrage prévu à l'article L. 365-2 s'engage à réaliser dans un délai déterminé des travaux d'amélioration sur l'immeuble du bailleur et à le conserver en bon état d'entretien et de réparations de toute nature en vue de louer cet immeuble à usage d'habitation pendant la durée du bail.

Comme le précise expressément l'article L. 252-1 du Code de la construction et de l'habitation, le bail à réhabilitation est le contrat par lequel un immeuble est loué à un preneur en vue de son amélioration par des travaux, de sa location à usage d'habitation notamment à des personnes défavorisées pendant la durée du bail et de sa restitution au propriétaire en bon état d'entretien..

Le bail à réhabilitation a pour objet la remise en état d'immeubles et leur gestion par location à usage d'habitation.
Le dispositif prévu à cet effet constitue un moyen pour réhabiliter des logements et les mettre à la disposition des plus défavorisés, après réalisation de travaux d'amélioration.

Dans la mesure où la rénovation entreprise tend à remettre en vie et en valeur des espaces de vie devenus des espaces morts, et par suite, préjudiciables non seulement à leurs propriétaires mais aussi aux collectivités territoriales, la conclusion d'un bail à réhabilitation a également pour finalité de permettre au preneur, durant toute la durée dudit bail, de louer, à usage d'habitation, l'immeuble réhabilité.

2.2.2.1.2.2 Les caractéristiques juridiques

A. <u>Les critères de qualification d'un bail à réhabilitation</u>

Le bail à réhabilitation est caractérisé par les deux engagements que doit prendre le preneur :
- réaliser des travaux d'amélioration sur l'immeuble ;
- conserver l'immeuble en bon état d'entretien et de réparation.

Réalisation des travaux d'améliorations
Le contrat de bail à réhabilitation doit non seulement déterminer la nature des travaux et leurs caractéristiques techniques (sous forme de devis descriptifs et plans précisant les normes et caractéristiques techniques, le genre et la qualité des matériaux, etc. signés par les parties et annexés au bail) mais aussi le délai de leur exécution (CCH, art. L. 252-1, al. 1 et 2).
Celui-ci, - qui pourra être, soit unique, soit fixé différemment selon la nature des divers travaux d'amélioration précisés au contrat et compte tenu de leur urgence respective - sera généralement assez bref, le preneur étant tenu par ses engagements dans le cadre de la convention passée avec l'État et ayant intérêt à être en mesure de louer à usage d'habitation l'immeuble, objet du bail à réhabilitation.

Suivant la circulaire n° 91-23 du 28 janvier 1991, le contrat de bail à réhabilitation confère au preneur le droit d'effectuer l'ensemble des formalités administratives éventuellement nécessaires à l'exécution des travaux (demande de permis de construire ou déclaration préalable, déclaration d'achèvement et de conformité).

La nature des aides financières de l'Etat ou de l'ANAH que peut solliciter le preneur pour la réalisation des travaux est directement liée à sa qualité (organisme HLM, SEM, collectivité publique, association agréée).

S'agissant des aides financières de l'Etat, il n'est plus prévu de subventions de type PALULOS depuis la loi de finances 2009 (sauf cas particuliers), les moyens étant concentrés sur le développement de l'offre nouvelle. Désormais, les aides à la réhabilitation des logements consistent essentiellement en des prêts de la Caisse des dépôts et consignations, sous la forme de prêts PAM à la réhabilitation ou d'éco-prêt logement social pour la rénovation thermique des logements sociaux. Des aides fiscales de type dégrèvement de TFPB peuvent également être envisagées pour certaines natures de travaux.

Il est à noter que les travaux peuvent être également financés sans aide spécifique de l'État, par exemple avec du "1 % logement".

En fin de bail, les améliorations réalisées bénéficient au bailleur sans indemnisation (CCH, art. L. 252-1, al. 3).

Obligation d'entretien et de réparation
Bien que tout preneur à bail soit tenu, d'une manière générale, tant par les dispositions des articles 1754 à 1756 du Code civil que par celles des divers statuts spécifiques (L. n° 48-1360, 1er sept. 1948. - L. n° 89-462, 6 juill. 1989) des réparations locatives ou d'entretien courant de l'immeuble, le premier alinéa de l'article L. 252-1 du Code de la construction et de l'habitation ajoute, à l'obligation de réaliser des travaux d'amélioration, celle de conserver l'immeuble, ainsi loué et réhabilité, en bon état d'entretien et de réparation de toute nature pendant toute la durée du bail à réhabilitation.

Cette obligation d'entretien et de réparation, destinée à maintenir dans le temps les effets de la réhabilitation et à en faire bénéficier durablement le propriétaire de l'immeuble lors de l'expiration du bail de réhabilitation, vise aux termes mêmes du texte les réparations de toute nature et est donc plus large que celle résultant des dispositions du Code civil ou des statuts spécifiques auxquels peuvent être soumis les locaux à usage d'habitation.

Elle englobe toutes les réparations nécessaires, sans aucune exception, tant sur les parties de l'immeuble ayant fait l'objet de travaux d'amélioration que sur toutes les autres parties de celui-ci, afin que le bailleur puisse disposer à la fin du bail à réhabilitation d'un immeuble effectivement réhabilité dans les conditions prévues au contrat et exempt de toutes dégradations et pertes ayant pu survenir, pendant la durée de celui-ci, tant aux parties réhabilitées qu'aux autres, par vice de construction ou malfaçon, vétusté, cas fortuit ou force majeure, faute du preneur, de l'occupant ou de tiers, etc.

D'une manière générale, le preneur du bail à réhabilitation doit agir, jusqu'au terme du bail à réhabilitation, comme s'il était propriétaire de l'immeuble - sur lequel il est d'ailleurs titulaire d'un droit réel immobilier - et doit par suite assumer toutes les obligations d'entretien et de réparation, sans toutefois que cette obligation fasse obstacle à la mise à la charge de l'occupant des réparations locatives, dans les conditions convenues dans le cadre des relations contractuelles entre preneur du bail à réhabilitation et occupant de l'immeuble. Mais une telle convention ne saurait pour autant libérer le preneur de ses obligations à l'égard du bailleur au regard duquel il en restera tenu en cas de défaillance de l'occupant.

Concernant les travaux de grosses réparations énumérées à l'article 606 du Code civil, les obligations respectives des parties gagneront à être précisées minutieusement, compte tenu de l'état dans lequel le preneur recevra l'immeuble à bail. Ces obligations seront appréciées en fonction de l'état des lieux établi à la prise de possession de l'immeuble.
À défaut de ces précisions, le preneur aura la charge de l'intégralité des travaux (Circ. n° 91-23, 28 janv. 1991).

L'obligation d'entretien et de réparation résultant du premier alinéa de l'article L. 252-1 du Code de la construction et de l'habitation comprend également le maintien en bon état d'utilisation de tous les équipements de l'immeuble, y compris dans les lieux loués, et leur remplacement au cas où la détérioration dépasserait l'usure normale (Circ. n° 91-23, 28 janv. 1991).

La généralité de l'obligation d'entretien et de réparation pesant sur le preneur du bail à réhabilitation doit conduire celui-ci à ne pas se borner à effectuer durant les premières années du bail à réhabilitation la réalisation des seuls travaux d'amélioration prévus au contrat et à considérer alors sa tache comme terminée à cet égard.

Pendant toute la durée du bail, le preneur devra répondre de toutes les dégradations ou pertes subies par le bien, sauf cas fortuit ou de force majeure. Par suite, il lui incombe et appartient de souscrire toutes assurances à cet égard et, s'il y a lieu, d'exercer les recours contre les responsables des dommages (Circ. n° 91-23, 28 janv. 1991).

Il convient de prévoir dans le bail à réhabilitation lui-même (Circ. n° 91-23, 28 janv. 1991) :
- d'une part, les obligations respectives des parties en ce domaine, minutieusement précisées, compte tenu de l'état dans lequel le preneur reçoit l'immeuble à bail, et appréciées en fonction de l'état des lieux établi à la prise de possession de l'immeuble ;
- d'autre part, les modalités dans lesquelles l'état des lieux sera réalisé lors de la restitution de l'immeuble.

B. Objet et formation du contrat

L'objet et durée

L'objet

Soumis à la formalité de publication au fichier immobilier, le bail à réhabilitation doit par suite contenir une désignation de l'immeuble qu'il concerne conforme aux exigences de l'article 7 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière : nature, situation, contenance et désignation cadastrale (section, numéro du plan et lieu-dit) de l'immeuble.

Mais la circulaire n° 91-23 du 28 janvier 1991 recommande en outre :
- d'établir un état des lieux très précis pour éviter des contestations lors de la restitution de l'immeuble en fin de bail) ;
- d'annexer au contrat un certificat d'urbanisme et un état descriptif de l'occupation auquel seront joints, le cas échéant, les baux en cours.

Durée

Le bail à réhabilitation doit être conclu pour une durée minimale de douze ans (CCH, art. L. 252-1, dernier al.). Il est vraisemblable que cette durée minimale sera rarement dépassée hormis le cas où les travaux d'amélioration convenus seraient tellement importants qu'ils s'analyseraient en réalité comme de véritables travaux de rénovation ou de restauration dont le coût nécessiterait, pour respecter les intérêts respectifs des parties au bail à réhabilitation, non seulement un loyer purement symbolique mais aussi une durée d'amortissement plus longue que le minimum de douze ans prévu par la loi.

Comme le bail à construction (V. CCH, art. L. 251-1, dernier al.), le bail à réhabilitation ne peut se prolonger par tacite reconduction (CCH, art. L. 252-1, dernier al.).

Mais si la possibilité de proroger le bail à réhabilitation par tacite reconduction se trouve ainsi expressément écartée, la prorogation dudit bail par accord exprès des volontés des parties subsiste.

Toutefois bien que non interdite, la prorogation expresse du bail à réhabilitation ne pourra intervenir que dans des cas exceptionnels car elle se conçoit difficilement pour un contrat dont l'un des traits caractéristiques est l'obligation pour le preneur de réaliser dans un délai déterminé des travaux d'amélioration sur l'immeuble qui en est l'objet, obligation qui, par hypothèse, aura été exécutée à l'expiration du bail.

Le propriétaire bailleur aura alors tout intérêt à retrouver la libre disposition de cet immeuble réhabilité et à encaisser les produits de sa location qui seront, cela va de soi, plus élevés que le loyer convenu pour le bail à réhabilitation.

La prise d'effet du bail à réhabilitation est subordonnée à la conclusion par le preneur d'une convention prévue à l'article L. 351-2 du Code de la construction et de l'habitation dont la date d'expiration est identique à celle de ce bail (CCH, art. L. 252-3.).

Par suite, les parties devront à cet égard prévoir l'insertion au contrat de bail de dispositions destinées à assurer le respect de cette exigence légale.

La circulaire n° 91-23 du 28 janvier 1991 recommande pour sa part l'insertion à cet effet d'une condition suspensive dans le contrat et un délai pour que le preneur réalise cette condition.

Les parties

Le bailleur

Suivant le dernier alinéa de l'article L. 252-1 du Code de la construction et de l'habitation, le bail à réhabilitation est consenti par ceux qui ont le droit d'aliéner et dans les mêmes conditions et formes que l'aliénation.

Par suite, le bailleur doit être propriétaire de l'immeuble et il appartient au rédacteur de l'acte authentique de bail à réhabilitation de veiller à lever toutes les difficultés résultant des indivisions ou autres droits réels, notamment l'usufruit, qui pourraient se présenter.

Si l'immeuble, objet du bail à réhabilitation, est grevé d'une hypothèque ou autre droit réel, les dispositions utiles devront être prises : obtention d'une mainlevée ou de l'accord du titulaire de l'hypothèque.

Ainsi, comme dans le bail à construction (V. CCH, art. L. 251-1, al. 2), la capacité de consentir un bail à réhabilitation est celle des actes de disposition. Cette règle se comprend parfaitement étant donné le droit réel immobilier que ce contrat confère au preneur sur l'immeuble loué.

Le preneur

S'il importe peu que le propriétaire de l'immeuble qui doit faire l'objet d'un bail à réhabilitation soit une personne physique ou morale ou une personne privée ou publique, il en va différemment pour le preneur du bail à construction.

En effet, il résulte du premier alinéa de l'article L. 252-1 du Code de la construction et de l'habitation que celui- ci ne peut être que :

- soit un organisme d'habitations à loyer modéré ;
- soit une société d'économie mixte dont l'objet est de construire ou de donner à bail des logements ;
- soit une collectivité territoriale ;
- soit, enfin, un organisme bénéficiant de l'agrément relatif à la maîtrise d'ouvrage prévu à l'article L. 365-2.

Pour ce qui est des organismes agissant pour le logement des personnes défavorisées, qui exercent des activités de maîtrise d'ouvrage en tant que preneur de bail à réhabilitation (CCH, art. L. 365-1 et L. 365-2) leur agrément relève depuis le 1er janvier 2010, du ministre en charge du logement dans les conditions de l'article L. 365-2 du Code de la construction et de l'habitation (CCH, art. L. 252-1, al. 1er, mod. par L. n° 2009-323, 25 mars 2009, art. 2, I, 1°) et selon des modalités définies par décret en Conseil d'État. Les agréments existants sont caducs au 1er janvier 2011.

Les critères d'obtention de l'agrément portent sur les capacités financières de l'organisme, sa compétence dans le domaine du logement et le caractère désintéressé de la gestion de ses dirigeants.
Les organismes agréés pour leur activité de maitrise d'ouvrage en tant que preneur de bail à réhabilitation peuvent bénéficier des concours de la Caisse de garantie du logement locatif social dans les conditions prévues à l'article L. 452-1du Code de la construction et de l'habitation.

Le retrait de l'agrément peut être prononcé en cas d'irrégularités ou de fautes graves de gestion commises par l'organisme agréé exerçant des activités de maîtrise d'ouvrage, ou en cas de carence de son conseil d'administration, de son directoire ou de son conseil de surveillance.
Le retrait est prononcé après avoir mis les dirigeants de l'organisme en mesure de présenter leurs observations (CCH, art. L. 365-6).

L'adjonction des collectivités territoriales à la liste des personnes morales habilitées à conclure un bail à réhabilitation, telle qu'elle était prévue initialement dans le projet de loi, est intervenue à l'initiative du Gouvernement qui a jugé opportun de donner aux collectivités locales la capacité d'user de cette nouvelle faculté juridique.

Cette énumération des preneurs potentiels doit être considérée comme strictement limitative.

Loyer ou prix
Les dispositions du Code de la construction et de l'habitation ne contiennent aucune disposition relative au loyer de ce bail.

Sa détermination et sa fixation sont laissées à la discrétion et à la volonté des parties qui tiendront compte, bien entendu, pour déterminer et fixer le prix ou loyer du bail, de l'état initial de l'immeuble qui en est l'objet, de l'importance des travaux d'amélioration mis contractuellement à la charge du preneur, de la durée du bail à réhabilitation, des avantages respectifs qu'en retireront bailleur (immeuble remis en état et amélioré par l'exécution des travaux) et preneur (encaissement durant le bail à réhabilitation des redevances acquittées par les occupants), etc.

Formalités
Le bail à réhabilitation doit nécessairement être publié au fichier immobilier, même si sa durée est effectivement limitée à douze années.

Il s'ensuit qu'il doit toujours faire l'objet d'un acte authentique qui peut prendre la forme soit d'un acte notarié, soit d'un acte administratif lorsque le preneur est une collectivité territoriale ou un office de l'Habitat (Circ. n° 91-23, 28 janv. 1991).

Dans les conditions prévues par l'article 1594, j, du Code général des impôts, les baux à réhabilitation signés depuis le 1er juin 2007, dans les départements suivants sont exonérés de taxe de publicité foncière : Aisne, Calvados, Charente-Maritime, Doubs, Haute-Garonne, Landes, Haute-Loire, Loire-Atlantique, Lot-et-Garonne, Oise, Pas-de-Calais, Haut-Rhin, Saône-et-Loire, Sarthe, Var, Yonne, Essonne, et Hauts-de-Seine .

Cette liste est inchangée en 2009.

C. Droits et obligations des parties

Le Bailleur
Le bailleur reste néanmoins obligé de s'assurer que le preneur offre les garanties nécessaires à la bonne exécution du contrat et à son équilibre financier. À ce titre, il lui est possible de demander au preneur en fonction de l'ampleur des travaux à entreprendre et du nombre de logements mis en location, des garanties financières par un organisme habilité (banque, assurance, etc.) ou par une collectivité territoriale.

Si, pour l'exécution du contrat de bail à réhabilitation, le bailleur est effectivement tenu de mettre l'immeuble à la disposition du preneur pendant la durée du bail, il n'en demeure pas moins qu'il conserve pendant tout ce temps, la possibilité de faire, sous réserve des droits du preneur, certains actes de disposition (hypothèque, vente).

En contrepartie de la mise à disposition de l'immeuble résultant de la conclusion du bail à réhabilitation, le bailleur doit exiger la réalisation de travaux et peut demander le versement d'un loyer.
Enfin, à l'issue du bail à réhabilitation, le bailleur retrouve l'entière propriété de son bien, libre d'occupation s'il le souhaite.

Le preneur
En vertu du contrat passé avec le bailleur qui confère au preneur un droit réel sur l'immeuble, ce dernier est habilité :
- à gérer l'immeuble pour son propre compte pendant la durée du bail, sans être soumis aux dispositions de la loi n° 70- 9 du 2 janvier 1970 (loi Hoguet) ;
- à passer des contrats de location des logements de l'immeuble pris à bail ;
- à hypothéquer le droit réel qu'il détient sur l'immeuble ;
- à percevoir les loyers ;
- à passer les contrats nécessaires au financement et à l'exécution des travaux prévus par le bail ;
- à céder son droit réel à un organisme habilité sous réserve que cette cession soit totale et avec l'accord du propriétaire. Dans ce cas, le preneur reste garant de l'exécution du bail par le cessionnaire.

Les obligations qui résultent de la qualité du preneur sont triples :
- vis-à-vis du bailleur, il est tenu de réaliser les travaux d'amélioration prévus dans le bail, les travaux d'entretien courant et de réparation de l'immeuble. Il doit également payer le prix du bail s'il en a été convenu ainsi et remettre l'immeuble en bon état à l'issue du contrat ;
- vis-à-vis de l'État, il est tenu de conclure avec le préfet une convention prévue à l'article L. 351-2 du Code de la construction et de l'habitation dont la durée est identique à celle du bail à réhabilitation et de louer l'immeuble en vue de l'habitation aux personnes défavorisées dont les revenus n'excèdent pas les plafonds de ressources fixés par les règles générales du conventionnement ;
- vis-à-vis des locataires, il est tenu de passer des contrats de location conformes aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux logements conventionnés.

Le caractère réel du droit immobilier consenti au preneur

Suivant le premier alinéa de l'article L. 252-2 du Code de la construction et de l'habitation, le preneur est titulaire d'un droit réel immobilier. Ce droit peut être hypothéqué ; il peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Ainsi, comme le bail emphytéotique (C. rur., art. 937) et le bail à construction (CCH, art. L. 251-3, al. 1er), le bail à réhabilitation conclu dans les conditions prévues à l'article L. 252-1 du Code de la construction et de l'habitation, en vue de la réalisation de travaux d'amélioration confère au preneur un droit réel immobilier. Se trouve de cette manière affirmée et précisée sans aucune ambiguïté la nature juridique du droit d'usage conféré au preneur.

Le droit réel immobilier dont se trouve investi le preneur peut bien entendu, comme tout autre droit de même nature, être hypothéqué et faire l'objet d'une saisie immobilière.

Le texte du premier alinéa de l'article L. 252-2 du Code de la construction et de l'habitation, ne fait à cet égard que préciser les conséquences juridiques de la qualification de droit réel attribué au bail à réhabilitation, comme le fait également et dans les mêmes termes le deuxième alinéa de l'article L. 251-3 dudit code, pour le bail à construction.

Le droit du bailleur sur l'immeuble objet du bail à réhabilitation demeurant lui-même un droit réel immobilier, il faut donc considérer qu'on se trouve en présence de droits démembrés à titre temporaire mais destinés, à l'expiration dudit bail, à se reconstituer, au bénéfice du bailleur, en un seul et unique droit réel immobilier.

Des problèmes hypothécaires particuliers peuvent donc surgir, les droits démembrés dont sont titulaires bailleur et preneur pouvant, bien entendu, être hypothéqués par leurs titulaires respectifs (cas du bail à réhabilitation d'un immeuble déjà hypothéqué, hypothèque par le bailleur postérieurement à la conclusion du bail à réhabilitation, sort en fin de bail de l'hypothèque consentie par le preneur, etc.).

En ce qui concerne les créanciers du preneur à bail à réhabilitation, il est vraisemblable que ceux-ci seront enclins, afin d'assurer en tout état de cause la pérennité de leur gage à l'extinction de ce bail, à demander la caution hypothécaire du bailleur, lorsqu'ils seront conduits à prendre inscription contre le preneur lors de l'octroi, par exemple, de crédits destinés à financer les travaux d'amélioration.

Cession des droits des parties

Les droits du preneur

L'article L. 252-2 du Code de la construction et de l'habitation pose le principe que le droit réel immobilier dont est titulaire le preneur "est cessible" nonobstant toute convention contraire, et détermine les modalités de sa cession éventuelle par le preneur. Celle-ci ne peut intervenir qu'aux conditions suivantes :

a) Elle nécessite l'accord du bailleur ; à cet égard, la solution est inverse à celle retenue dans le bail à construction où la cession des droits du preneur ne peut être subordonnée au concours ou à la présence du bailleur ;

b) Elle ne peut être consentie qu'à l'un des organismes mentionnés au premier alinéa de l'article L. 252-1 du Code de la construction et de l'habitation ;

c) Elle ne peut intervenir que si le droit réel immobilier porte sur la totalité de l'immeuble loué de sorte que le fractionnement de l'objet du bail à réhabilitation - l'immeuble ou la partie de l'immeuble compris dans la location - ne peut intervenir sous la forme d'une cession partielle ;

d) Enfin elle est subordonnée à l'obligation pour le preneur initial de rester garant de l'exécution du bail par le cessionnaire en sorte que ce dernier est, en fin de compte, tenu des mêmes obligations que le preneur du bail à réhabilitation.

Les droits du bailleur

Les droits que possède le bailleur sur l'immeuble objet du bail à réhabilitation - droit réel immobilier démembré temporairement et droit potentiel sur les améliorations dont il deviendra le propriétaire sans indemnité - sont et demeurent, durant tout le cours du bail, cessibles sans autre indication ou contribution.

Leur valeur est bien entendu conditionnée par l'existence du bail à réhabilitation et les conditions et modalités d'exécution dont il est assorti (durée restant à courir, nature et importance des travaux d'amélioration exécutés ou à exécuter, garanties dont bénéficie le bailleur, etc.).

Le preneur du bail à réhabilitation n'a aucune qualité pour y intervenir ou s'y opposer, même s'il s'est engagé, en signant une promesse

D. Régime des locations consenties par le preneur

Régime des locations

Dès que l'immeuble sera en état d'être occupé, c'est-à-dire, en fait et en général, après l'exécution de l'essentiel des travaux d'amélioration prévus au contrat, le preneur pourra consentir à sa seule initiative, sans le concours du bailleur, mais sous sa seule responsabilité, des locations conformes aux dispositions législatives et réglementaires applicables lors de leur conclusion et au régime du conventionnement conclu dans le cadre de l'article L. 351-2 du Code de la construction et de l'habitation mais dont le terme ne saurait toutefois excéder celui du bail à réhabilitation à l'expiration duquel les lieux devront être restitués au propriétaire qui a consenti le bail à réhabilitation, libres de toute location et occupation.

Les locations doivent être, aux termes mêmes du premier alinéa de l'article L. 252-1, à usage d'habitation.

L'article L. 252-3 du Code de la construction et de l'habitation subordonne expressément la prise d'effet du bail à réhabilitation à la conclusion par le preneur d'une convention de la nature de celle prévue à l'article L. 351-2 du même code, dont la date d'expiration devra être identique à celle du bail.

Par cette disposition se trouve assurée dès l'origine du contrat - et pour la durée de celui-ci - l'éligibilité de l'immeuble à l'aide personnalisée au logement (APL) instituée par l'article L. 351-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Les règles générales du conventionnement concernant tant le régime de la convention que les rapports entre le preneur du bail à réhabilitation et les locataires s'appliquent sous réserve des dispositions législatives créant le bail à réhabilitation qui pourraient y déroger.

Ces règles sont dictées par le mode de financement des travaux et la nature du preneur. Et du principe énoncé par l'article L. 252-3 du Code de la construction et de l'habitation, il y a lieu de tirer les conséquences suivantes concernant la convention (Circ. n° 91-23, 28 janv. 1991) :

La durée de la convention et celle du bail à réhabilitation sont identiques. Elles sont au minimum de douze ans.

La prise d'effet de la convention est subordonnée à celle du bail à réhabilitation qui constitue le contrat principal transférant un droit réel sur le bien au bénéfice du preneur. La convention doit donc être annexée au bail et publiée dans tous les cas au fichier immobilier comme le contrat de bail à réhabilitation.

Par dérogation à la règle classique, l'article L. 252-3 du Code de la construction et de l'habitation prévoit que la convention expire en même temps que le bail à réhabilitation ; il n'y a donc pas lieu de la dénoncer lorsqu'elle arrive à son terme.

Rapports entre le preneur du bail à réhabilitation et ses locataires
Les locataires du preneur sont des locataires et non des sous-locataires.
En conséquence, ils bénéficient, sous la responsabilité du preneur, de locations conformes aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux logements conventionnés, et notamment en matière de fixation et d'évolution des loyers.

Ces dispositions s'imposent aux locataires en place lorsque le preneur est un organisme HLM ou une SEM selon les dispositions des articles L. 353-16 et L. 353-19 du Code de la construction et de l'habitation.

Dans les autres cas, il est fait application de l'article L. 353-7 du Code de la construction et de l'habitation (Circ. n° 91-23, 28 janv. 1991).

La durée des contrats de location est liée à la nature du preneur du bail à réhabilitation.

Dans le cas d'un organisme HLM, le locataire bénéficie du droit au maintien dans les lieux pendant toute la durée de la convention.

En ce qui concerne les autres preneurs (SEM, collectivité territoriale ou organisme agréé), la règle du bail de trois ans, de sa reconduction à la seule volonté du locataire et de la substitution de plein droit du nouveau locataire en cours de période triennale à l'ancien en cas de vacance du logement, s'applique , le tout sous la réserve que la date d'expiration du dernier contrat est liée de par la loi à celle de la convention et du bail à réhabilitation (Circ. n° 91-23, 28 janv. 1991).

E. Fin du bail à réhabilitation

Au terme contractuellement prévu, les améliorations effectuées par le preneur, profitent sans indemnisation au bailleur, qui retrouve tous les pouvoirs de propriétaire sur son bien.

Sort des occupants en fin de bail
Afin de permettre à la procédure du bail à réhabilitation de jouer pleinement son rôle, l'article L.252-4 du Code de la construction et de l'habitation prévoit un dispositif destiné à régler la situation des locataires occupants mis en place par le preneur du bail à réhabilitation mais qui n'ont aucun lien juridique avec le bailleur propriétaire de l'immeuble.

Ce dispositif organise trois étapes :
a) Première étape : six mois avant la date d'expiration du bail à réhabilitation, le bailleur peut proposer aux occupants un contrat de location prenant effet à la fin du bail.

b) Deuxième étape : à défaut d'une telle proposition ou à défaut d'un accord entre le propriétaire de l'immeuble et les occupants de celui-ci, le preneur du bail à réhabilitation est tenu, au plus tard trois mois avant l'expiration de celui-ci, d'offrir aux occupants un logement correspondant à leurs besoins et à leurs possibilités en tenant compte à cet effet des conditions d'habitabilité et de confort, d'une part, et de l'adaptation du logement aux besoins personnels et familiaux du locataire ainsi qu'à ses possibilités financières, d'autre part (Circ. n° 91-23, 28 janv. 1991).

c) Troisième et dernière étape : l'occupant qui n'a pas conclu de contrat de location ou accepté l'offre de relogement est, à l'expiration du bail à réhabilitation, déchu de tout titre d'occupation sur le logement.

Le bailleur propriétaire de l'immeuble et des améliorations réalisées au cours de celui-ci (a la faculté - et non l'obligation - de conclure avec les occupants en place à l'expiration du bail à réhabilitation un contrat de location prenant effet à cette date.

Dans le cas où un tel contrat de location n'aura pu être conclu, entre le bailleur (propriétaire de l'immeuble) et l'occupant, le preneur du bail à réhabilitation doit offrir aux occupants un logement correspondant à leurs besoins et à leurs possibilités.

Il s'agit, en l'occurrence, d'une obligation subsidiaire de relogement à laquelle il ne peut être dérogé parce qu'elle vise à assurer une garantie de logement aux occupants lors de l'expiration du bail à réhabilitation.

La circulaire n° 91-23 du 28 janvier 1991 souhaite que dès la conclusion du bail à réhabilitation les parties, bailleur ou preneur du bail, examinent et mettent en place les solutions à proposer aux locataires à l'issue du bail à réhabilitation, le maintien dans les lieux par conclusion d'un nouveau bail avec le locataire apparaissant la solution à privilégier.

Restitution des lieux à leur propriétaire

Le bailleur retrouvera, dès l'expiration du bail à réhabilitation, la libre gestion de son bien - dont le conventionnement a pris fin - sans que puisse lui être imposé le maintien des locataires occupants qu'il n'a pas agréés par la conclusion d'un nouveau contrat de location. Il récupérera le bénéfice des travaux de réhabilitation exécutés par le preneur sur l'immeuble qui avait fait l'objet du bail à réhabilitation, le sort des servitudes, privilèges et hypothèques que celui-ci aurait pu consentir durant le cours de ce bail sur le droit réel immobilier dont il était titulaire étant alors réglé dans les conditions prévues au contrat.

Le preneur, sera délié de ses obligations contractuelles envers son bailleur mais demeurera tenu - outre l'obligation d'offre de relogement que lui impose la loi - de restituer l'immeuble au bailleur libre de location et d'occupation (CCH, art. L. 252-4).

Ainsi, si les occupants de l'immeuble sont, pour leur part, déchus de tout titre d'occupation sur le logement, lors de l'expiration du bail à réhabilitation, à défaut d'avoir obtenu du propriétaire de l'immeuble un contrat de location ou d'avoir accepté l'offre de relogement du preneur au bail à réhabilitation, l'obligation de restitution de l'immeuble à l'ex-bailleur, libre de toute location et de toute occupation, pèsera essentiellement sur l'ex- preneur audit bail.

L'inexécution par le preneur au bail à réhabilitation de son obligation de rendre libre l'immeuble lors de sa restitution au bailleur a pour conséquence implicite de mettre à sa charge, le cas échéant, non seulement les diligences devant être effectuées pour parvenir à cette restitution mais aussi le coût des frais, dépens, indemnités et dommages-intérêts pouvant éventuellement être dus ou exigés en cas de retard de celle-ci.

2.2.2.1.2.3 La fiscalité

EN COURS DE BAIL

Impôt sur les sociétés

Bailleur

Les loyers sont en principe imposables à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun, sous réserve du statut spécifique du bailleur au regard de l'impôt sur les sociétés.

Preneur

Les loyers sont déductibles de même que les travaux d'entretien courant et de réparation dans les conditions de droit commun.

Les travaux d'amélioration, de réhabilitation sont immobilisés et amortis sur la durée normale d'utilisation de chaque élément ou sur la durée du bail si celle-ci est plus courte.

TVA

La location de l'immeuble destiné à être loué pour un usage d'habitation est en principe exonérée de TVA.

Droits d'enregistrement

Le bail est soumis à la taxe de publicité foncière à 0,715% sauf exonération due à une délibération du conseil général.

Les loyers peuvent être assujettis à la contribution sur les revenus locatifs.

AU TERME DU BAIL

Impôt sur les sociétés

Bailleur

L'accroissement de la valeur de l'immeuble résultant des travaux effectués par le preneur et sans indemnité, constitue un bénéfice imposable de l'exercice au cours duquel le bailleur retrouve la disposition de son immeuble selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (16 11 1981 n° 16111).

La doctrine administrative considère face à un contrat de bail avec une obligation de faire des travaux, que ceux-ci constituent un supplément de loyers, imposables au fur et à mesure de l'exécution des travaux (DB 4 A 242).

Preneur

Le transfert sans indemnité des travaux immobilisés constitue une perte déductible correspondant à la valeur résiduelle (cas des amortissements sur une durée supérieure à celle du contrat de bail).

2.2.2.1.3 Le bail à construction

2.2.2.1.3.1 La définition

Le bail à construction est un bail, imposant une obligation de construire et d'entretenir et conférant un droit réel dont le régime n'est pas, pour l'essentiel, d'ordre public.

Aux termes de l'article L. 251-1, constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail (CCH, art. L. 251-1, al. 1er). Il confère un droit réel cessible et susceptible d'être hypothéqué à un preneur qui s'engage à construire et à entretenir.

Les textes concernant le bail à construction sont aujourd'hui incorporés au Code de la construction et de l'habitation, sous les articles L. 251-1 à L. 251-9 et R. 251-1 à R. 251-3.

Ce bail se distingue du bail emphytéotique dont le régime figure aux articles L. 451-1 et suivants du Code rural notamment en ce qu'il instaure une obligation de construire pour le preneur et qu'il est assorti d'un régime fiscal favorable prévu aux articles 33 bis et 33 ter du Code général des impôts. Il est d'un emploi beaucoup plus large que le bail à réhabilitation, créé plus tardivement, en 1990, et qui figure aux articles L. 252-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation. Dans ce dernier type de bail, les preneurs doivent être, en effet, des organismes de logement social, ce qui limite considérablement la signature de ce type de contrat

En vertu de l'article L. 251-8, seules sont d'ordre public, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 251-3 (droit, pour le preneur, de céder et de constituer des servitudes), ainsi que celles de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 251-5 (compétence du tribunal de grande instance en matière d'indexation).

Toutes les autres dispositions légales peuvent donc faire l'objet d'aménagements contractuels.

2.2.2.1.3.2 Les caractéristiques juridiques

Conclusion du bail

Capacité

La capacité nécessaire pour consentir un bail à construction est celle de faire des actes de disposition (CCH, art. L. 251-1, al. 2) en raison tant de la durée que la loi impose au bail à construction que des droits que ce contrat confère au preneur sur le terrain loué.
Cependant, voir la décision de la cour d'appel de Riom en date du 10 septembre 2009 (CA Riom, 10 septembre 2009 : JurisData n°2009-010940).

Durée du bail

La durée du bail est obligatoirement comprise entre 18 et 99 ans (CCH, art. L. 251-1, al. 3). Ce texte n'est pas d'ordre public (CCH, art. L. 251-8). Mais il est bien nécessaire, semble-t-il, de considérer cependant que cette condition de durée fait partie de la définition même du contrat, et doit par conséquent être tenue pour essentielle. Un bail de moins de 18 ans ne saurait donc être qualifié de bail à construction.

L'article L. 251-1, alinéa 4 prévoit que lorsque le bail prévoit une possibilité d'achat du terrain par le preneur dans le cadre d'une opération d'accession sociale à la propriété dans les conditions prévues par la section 1 du chapitre III du titre IV du livre IV du CCH et que le preneur lève l'option, le bail prend fin à la date de la vente, nonobstant les dispositions du troisième alinéa.

L'article L. 251-1 du Code de la construction et de l'habitation exclut la possibilité de tacite reconduction du bail à construction. Un renouvellement tacite prévu dans le contrat est donc de nature à exclure la qualification de bail à construction (Cass. 3e civ., 2 juill. 2008, n° 07-16.071).

Cela n'exclut pas la possibilité pour les parties de proroger expressément le bail à son expiration.

Obligations du preneur

Obligation de construire
Le preneur « s'engage à édifier des construction » sur le terrain loué. Le bail emphytéotique autorise la construction sans y obliger, le bail ordinaire peut l'autoriser, mais non y obliger (du moins, un bail obligeant le preneur à construire, s'il a une durée d'au moins dix-huit ans, serait-il à notre avis un bail à construction, avec tous les caractères spécifiques de celui-ci.

La réalisation de constructions par le preneur étant obligatoire, le bail ne comportant pas l'engagement à titre principal d'édifier des constructions, mais conférant seulement au preneur la faculté de le faire, n'est pas un bail à construction.

La loi parlant de construction sans autres précisions, le bail à construction peut être conclu pour la réalisation de toutes sortes d'immeubles : habitation, professionnel, commercial, industriel, culturel, rural....

Le preneur d'un bail à construction a qualité pour demander une autorisation d'urbanisme (CAA Marseille, 20 nov. 2009, n° 07MA03601), dès lors que les travaux entrent dans le champ des constructions prévues au contrat (CAA Paris, 17 janv. 2002 : Constr.-urb. 2003, comm. 53). Il dispose en effet d'un titre habilitant à construire au sens de la réglementation des autorisations d'urbanisme et notamment de l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme.

Le preneur qui ne réalise pas les travaux prévus dans le bail encourt la résolution du contrat à ses torts.

Paiement du loyer
Le bail à construction ne peut se concevoir sans loyer.

L'article L. 251-5 du Code de la construction et de l'habitation autorise le contrat à stipuler un loyer payable par la remise d'immeubles (ou fractions de) ou de titres de sociétés d'attribution.

Ce peut être en tout ou partie : la liberté des parties est à cet égard totale.

Il est possible, à défaut de toute indication dans la loi, de donner à titre de loyer un ou plusieurs lots dépendant de l'immeuble construit par le preneur, ce qui engendrera en général une copropriété entre les deux parties, avec cette particularité que les tantièmes du "droit de preneur" attachés aux lots remis au bailleur trouveront chez celui-ci leur complément en "droit de bailleur" (ce qui devrait entraîner en principe l'extinction, pro parte, du bail par confusion).

Le loyer peut également consister en la remise des constructions en fin de bail. Il bénéficie alors, sous certaines conditions, d'un régime fiscal favorable (CGI, art. 33 bis et 33 ter).

Si un loyer en nature a ainsi été prévu, il est normal que le bailleur oriente la recherche de ses garanties sur le bon achèvement des immeubles convenus, plutôt que sur les garanties assortissant en général le paiement des loyers (cautions, etc.).

L'article L. 251-5, alinéa 2 et suivants précise que :

- S'il est stipulé un loyer périodique payable en espèces, ce loyer est affecté d'un coefficient révisable par périodes triennales comptées à partir de l'achèvement des travaux. Toutefois, la première révision a lieu au plus tard dès l'expiration des six premières années du bail ;
- La variation du coefficient est proportionnelle à celle du revenu brut des immeubles. Le revenu pris pour base de la variation du coefficient est celui de la première année civile qui suit celle de l'achèvement des travaux.

Obligation d'entretien des constructions

Le preneur est tenu du maintien des constructions en bon état d'entretien et des réparations de toute nature.

En cas de défaut d'entretien, le contrat peut être résilié. Le paiement du coût des travaux nécessaires peut également être demandé au preneur (Cass. 3e civ., 17 déc. 2003, n° 02-11050 : RD imm. 2005, p. 23).

L'article L 251-4, alinéa 2 prévoit que le preneur n'est pas obligé de reconstruire les bâtiments s'ils ont péri par cas fortuit ou force majeure ou, s'agissant des bâtiments existant au moment de la passation du bail, par un vice de construction antérieur audit bail. Il répond, en revanche de l'incendie des bâtiments existants et de ceux qu'il a édifiés.

Obligation de payer les charges de l'immeuble

L'article L. 251-4 précise que le preneur est tenu de toutes les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain. Cette obligation de supporter les charges, qui n'est pas d'ordre public, est comparable à celle qu'édicte l'article 944 du Code rural en matière de bail emphytéotique. La clause selon laquelle le preneur acquittera « les taxes et charges de toute nature auxquelles le terrain loué et les constructions pourront être assujetti » met à la charge du preneur la taxe foncière afférente au terrain (cette taxe est d'ailleurs établie au nom du preneur (CGI, art. 1400-II).

Droits du preneur

Aux termes de l'article L. 251-3 du Code de la construction et de l'habitation, le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier. Ce droit réel peut porter aussi bien sur le sol lui-même que, le cas échéant, sur un volume immobilier.

De ce caractère, il résulte que le bail à construction doit être publié au fichier immobilier. L'article 860 du Code général des impôts oblige les notaires à établir, en pareil cas, en double exemplaire, un extrait d'acte modèle 1 ou 2, ainsi que le rappelle une réponse ministérielle (Rép. min. : JOAN Q 21 janv. 1985, p. 242 ; JCP N 1985, prat. 9509-3). Le bail à construction régulièrement publié est opposable à l'acquéreur du terrain.

La valeur du droit réel du preneur sur le sol est distincte de celle de son droit de propriété temporaire sur les constructions édifiées par lui. Le droit réel ainsi conféré a une valeur propre qui s'évalue en fonction de sa durée et de l'importance des constructions

Mais ce droit réel qui n'est pas un droit de propriété n'est donc pas soumis au droit de préemption urbain En cas de cession simultanée du terrain grevé d'un bail à construction et des constructions élevées par le bailleur, la commune titulaire du droit de préemption peut préempter le terrain en faisant abstraction du bail à construction.

Le preneur se voit reconnaître le droit d'édifier les ouvrages que son contrat l'oblige à réaliser pour les remettre en fin de bail au bailleur. L'article L. 251-4 du Code de la construction et de l'habitation, qui n'est pas d'ordre public, l'autorise même à démolir, en vue de les reconstruire, les bâtiments existants.

A contrario, le preneur peut se voir interdire de réaliser toute autre construction : les dispositions des articles L. 251-1 à L. 251-9 du Code de la construction et de l'habitation régissant les droits et obligations des parties au bail à construction, opérant une distinction entre les dispositions supplétives de la volonté des parties et celles qui, déclarées d'ordre public, s'imposent à elles nonobstant toutes stipulations contraires, ne prohibent pas l'insertion dans ce bail d'une clause particulière subordonnant à l'autorisation du bailleur l'édification par le preneur de constructions nouvelles en cours de bail.

Le contrat peut donc contenir une clause imposant des restrictions à l'activité du preneur, sans qu'on puisse opposer la liberté d'activité du preneur.

L'article L. 251-6 précise que les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions s'éteignent à l'expiration du bail.

Le preneur du bail à construction n'est pas tenu de restituer les locaux vides de toute occupation dès lors que cette obligation n'a pas été mise à sa charge (CA Paris, 25 févr. 2009 : JurisData n° 2009-376492).

L'article L. 251-3, alinéa 3 précise que « Le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société. Les cessionnaires ou la société sont tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant jusqu'à l'achèvement de l'ensemble des constructions que le preneur s'est engagé à édifier en application de l'article L. 251-1".

Cette libre cession est un élément fondamental du bail

Le défaut de publication de la cession d'un bail à construction rend cette cession inopposable au tiers qui a inscrit hypothèque sur ces mêmes droits.

L'article L. 251-3, précise en outre dans son dernier alinéa que : "Le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail". Cette faculté est d'ordre public (CCH, art. L. 251-8). En revanche, les parties peuvent déroger par convention aux dispositions législatives régissant les servitudes passives autres que celles indispensables à la réalisation de la construction sur le terrain faisant l'objet du bail.

Le droit réel du preneur peut être hypothéqué, de même que les constructions édifiées sur le terrain loué ; il peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Fin du Bail
En vertu de l'article L. 251-3, les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées.

Trois situations sont envisageables :
- *Retour des constructions sans indemnité au bailleur*

A défaut de convention contraire, le bailleur devient propriétaire de ces constructions en fin de bail et profite des améliorations (CCH, art. L. 251-2). Dès lors, en cas d'expropriation, l'indemnisation du preneur pour perte, pendant la durée contractuelle du bail, de la propriété des constructions édifiées par lui sur le terrain loué n'exclut pas celle du bailleur pour perte de la propriété de ces biens lui revenant en fin de bail.

- *Maintien des constructions et vente du terrain au preneur*

La seconde possibilité est de réaliser ce que l'on pourrait appeler un bail à construction inversé. Les constructions réalisées par le preneur ne reviennent pas au bailleur car ce dernier s'engage au contraire à céder le terrain, à la fin du bail, au preneur.

La cession du terrain au preneur peut aussi être conventionnellement prévue en cours de bail.

- *Remise au bailleur du terrain nu et libre*

La troisième possibilité, plus rare, est celle où le bailleur exige que les constructions soient enlevées en fin de bail par le preneur, voulant récupérer le terrain nu et libre. Une telle possibilité, bien qu'elle ne soit pas prévue par la loi, est considérée par la jurisprudence comme compatible avec la qualification de bail à construction.

2.2.2.1.3.3 La fiscalité

EN COURS DE BAIL

Impôt sur les sociétés

Bailleur

Les loyers sont en principe imposables à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun, sous réserve du statut spécifique du bailleur au regard de l'impôt sur les sociétés.

Preneur

Les loyers sont déductibles de même que les travaux d'entretien courant et de réparation dans les conditions de droit commun.

Les travaux d'amélioration, de réhabilitation sont immobilisés et amortis sur la durée normale d'utilisation de chaque élément ou sur la durée du bail si celle-ci est plus courte.

TVA

La location de l'immeuble destiné à être loué pour un usage d'habitation est en principe exonérée de TVA.

Droits d'enregistrement

Le bail est soumis à la taxe de publicité foncière à 0,715% sauf exonération due à une délibération du conseil général.

Les loyers peuvent être assujettis à la contribution sur les revenus locatifs.

AU TERME DU BAIL

Constructions revenant sans indemnité au bailleur

Impôt sur les sociétés

Bailleur

Lorsque la durée du bail est au moins égale à 30 ans, la remise des constructions ne donne lieu à aucune imposition.

Lorsque la durée du bail est comprise entre 18 et 30 ans, le revenu brut correspondant à la valeur des constructions transférées est égal aux prix de revient desdites constructions, sous déduction d'une décote égale à 8% par année de bail au-delà de la 18ème année.

L'imposition peut être échelonnée sur 15 ans.

Ces constructions sont inscrites à l'actif du bailleur pour une valeur égale à leur prix de revient, sous déduction d'une décote égale à 8% par année de bail au-delà de la 18ème année.

Cette valeur sert de base au calcul des amortissements.

Transfert du terrain au preneur

Impôt sur les sociétés

Bailleur

Il réalise une véritable cession d'un terrain et le profit en résultant doit être considéré comme une plus-value et soumise en tant que tel au régime d'imposition qui lui est propre.

Preneur

La somme versée pour l'acquisition du terrain n'est pas déductible mais doit être immobilisée.

TVA/ Droits d'enregistrement

Le bail comporte une clause de transfert de propriété au profit du preneur au terme du contrat.

Le régime de la vente du terrain au preneur dépend de la nature du terrain (terrain à bâtir, terrain non à bâtir).

2.2.2.2 Le commodat

2.2.2.2.1 La définition

Les règles du commodat ou plus généralement désignés par le terme Prêt à usage sont fixées par les articles 1875 à 1891 du Code Civil.

Aux termes de l'Article 1875 du Code civil, " le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. "

Le commodat permet donc au propriétaire d'un bien immobilier de prêter celui-ci gracieusement à une association de son choix pour son usage.

Ce prêt à usage est par essence gratuit (Code Civil Article 1876). Toutefois, le prêteur peut exiger une caution ou une assurance.

Le prêteur demeurant propriétaire du bien mobilier ou immobilier prêté, l'emprunteur ne peut céder ou louer le bien reçu.

Cela signifie qu'il est possible d'y déroger par une clause contractuelle.

2.2.2.2.2 Les principales caractéristiques

Aux termes de l'article 18 77 du Code civil, ce qui peut être ainsi prêté ne sont pas les seuls biens immobiliers mais, plus généralement, les biens " qui ne se consomment pas par l'usage ".

La chose prêtée doit être non consomptible. Elle peut concerner des meubles corporels ou incorporels ou des biens consomptibles si l'usage qui en est fait n'est pas de consommation.

Parce que le prêt est conclu dans l'intérêt de l'emprunteur, la chose lui est remise afin qu'il s'en serve (article 1875 du Code civil).

Ce qui permet de différencier le prêt du contrat de dépôt.

Le prêt à usage n'est pas translatif de propriété : l'emprunteur n'acquiert qu'un usage temporaire de la chose et s'engage à la restituer au prêteur après s'en être servi. Cela permet de le distinguer :
- du don manuel,
- de la vente à l'essai,
- de la vente avec consigne.

L'article 1876 du Code civil parle d'un contrat essentiellement gratuit : parce qu'il ne peut être que gratuit, le prêt à usage est considéré comme conclu dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur, le préteur étant censé agir dans un but désintéressé.

Le commodat est d'ailleurs le seul contrat à être dans son essence gratuit, contrairement au dépôt ou au mandat. En effet, le prêt à titre onéreux est nécessairement requalifié au louage de chose. Toutefois la gratuité n'exclut pas une relation intéressée de la part du préteur du fait de la professionnalisation du prêt à usage.
La doctrine reste divisée quant à savoir s'il ne s'agit pas plutôt d'un contrat innomé. En réalité l'opération de prêt s'inscrit presque toujours comme accessoire au contrat principal (souvent un contrat synallagmatique onéreux) et se voit donc appliquer le régime de celui-ci.

Le commodat est un droit personnel, qui n'est pas transmissible aux tiers. Le titulaire de ce droit ne peut pas donner le bien en location. En conséquence, le commodat ne conférant pas de droit réel au bénéficiaire, ce dernier ne peut solliciter l'agrément MOI.

La formation du contrat
La possession suffit. Il n'est nul besoin pour le préteur d'être propriétaire de la chose. Comme en matière de bail, il lui suffit d'être en mesure de se procurer l'usage de la chose. Bien que généralement présenté comme un contrat réel, le contrat de prêt est dans certaines situations qualifié de contrat consensuel.

La preuve du prêt obéit au droit commun des contrats de preuve. En vertu de l'article 1315 du Code civil, il appartient à celui qui se prévaut d'un contrat d'en établir l'existence et le contenu. Le préteur réclamant la restitution de la chose prêtée doit donc prouver non seulement la remise de la chose mais aussi l'engagement souscrit par l'emprunteur de la lui restituer.

Le prêt est en principe un contrat unilatéral qui ne demande pas la rédaction d'un écrit. Toutefois, lorsque le contrat se présente comme un acte bilatéral (le préteur s'engageant à remettre la chose, l'emprunteur à la lui restituer), il doit être établi en double exemplaire conformément aux dispositions de l'article 1325 du Code civil.

L'exécution du contrat
Le prêt se présente aussi comme un contrat synallagmatique du fait des obligations qui incombent aux deux parties contractantes : le Code civil distingue les engagements de l'emprunteur (articles 1880 à 1887 du Code civil) et ceux de « celui qui prêt à usage (article 1888 à 1891 du même code).

Les droits de l'emprunteur peuvent être énumérés ainsi :

- User de la chose : faculté limitée : l'emprunteur est un usager à titre gratuit de la chose, seulement détenteur précaire de la chose. Ce droit personnel de l'usage doit être exercé dans la limite de l'usage normal de la chose en vertu de sa nature et par référence à la convention conclue entre les parties (qui peut prévoir un usage autre que normal).

- L'usage abusif de la chose est sanctionné à la fois par l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'emprunteur (article 1880 du Code civil) et par le transfert des risques.

- L'usage doit être personnel. Le prêt est un contrat intuitu personae, à l'exception de la transmission de principe du prêt aux héritiers de l'emprunteur et du préteur en cas de décès de l'un des deux (article 1879), sauf clause contractuelle contraire.

S'agissant des obligations de l'emprunteur :
Aux termes de l'article 1880 du Code civil : « l'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée ». Il semble qu'il n'ait à sa charge qu'une obligation de moyens impliquant de la part du préteur une preuve d'une faute dans la conservation. Mais la Cour de Cassation dans un arrêt de revirement du 6 février 1996 rendu par la 1ère chambre civile pose une présomption de faute en décidant qu'en « cas de perte de la chose prêtée, l'emprunteur peut s'exonérer en rapportant la preuve de l'absence de faute de sa part ou d'un cas fortuit ».

On observe un renforcement de l'obligation de moyens pesant sur l'emprunteur. S'il n'est pas tenu pour responsable dès lors qu'il prouve que la détérioration de la chose résulte du seul usage normal de la chose (article 1884), en revanche, il supporte la charge des dommages dont l'origine reste inconnue (Civ. 1ère 5 juillet 1960).

Le risque de perte ou de détérioration par cas fortuit pèse sur le propriétaire en vertu de la règle *res perit domino*.

L'emprunteur doit restituer la chose qui lui a été prêtée et non une chose équivalente.

L'obligation porte sur la chose dans l'état où elle se trouve au moment de sa restitution (article 1245 du Code civil). De sorte que même si la chose est dégradée, l'emprunteur exécute convenablement son obligation de restitution en la rendant au prêteur dans cet état. Si la chose est détruite, l'obligation devient faute d'objet. La responsabilité de l'emprunteur pourra certes être recherchée mais seulement au titre de son obligation de conservation et non de restitution.

Modalités de restitution
En cas de pluralité d'emprunteurs, ceux-ci sont solidairement responsables à l'égard du prêteur (article 1887 du Code civil). Le prêteur est le créancier naturel de l'obligation de restitution (article 1879). Il n'a pas à justifier de sa qualité de propriétaire puisqu'il n'est pas nécessaire de l'être pour consentir un prêt.

Quand restituer ?

- **Existence d'un terme convenu ou explicite** : le terme est alors expressément fixé. L'emprunteur est tenu de restituer la chose à l'expiration du délai sans que le prêteur ait à le mettre en demeure de le faire. Le prêteur ne saurait en principe réclamer la chose avant l'expiration du terme convenu (art 1888 du Code civil) sauf s'il survient pour lui « un besoin pressant et imprévu de la chose » (article 1889). Le juge apprécie souverainement ce caractère pressant et imprévu pour la restitution de la chose. La charge de la preuve de ce besoins pèse sur lui. On est alors en présence d'un contrat à durée déterminée.

- **Terme naturel** : prêt de la chose pour un usage ponctuel déterminé. Le législateur fixe un terme implicite au contrat résultat de la durée nécessaire à cet usage (art 1888). Le prêteur ne peut donc réclamer la chose avant qu'elle ait servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

- **Terme indéterminé** : suppose un usage permanent sans qu'aucun terme ne soit visible. Par principe, le prêteur ne peut demander la restitution que lorsque l'emprunteur a usé du bien : le terme est dit implicite ou imprévisible. L'exception de l'article 1889 du Code civil est valable. Un problème se pose lorsque la chose prêtée n'a pas de terme déterminé et qu'elle est d'un usage permanent.

On a pu observer une évolution jurisprudentielle sur le sujet. En effet, la Cour de cassation a procédé à des multiples revirements de jurisprudences. En l'état actuel, elle considère que « lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose à usage permanent, sans qu'aucun autre terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable ». La solution a été confirmée par l 3ème chambre civile (Civ. «3ème 19 janvier 2005) et marque le retour au droit commun des contrats.

2.2.2.3 Le démembrement de propriété

2.2.2.3.1 La définition

Le droit de propriété confère au titulaire sur la chose, objet du droit de propriété, un faisceau de prérogatives, d'usage (*usus),* de jouissance (*fructus*), et de disposition *(abusus).* Certaines de ces prérogatives peuvent être détachées de la propriété pour être attribuées à un autre que le propriétaire et constituer au profit de cette personne un droit réelle de moindre étendue. Corrélativement le propriétaire ne conserve sur la chose qu'un droit réduit.

Les droits réels démembrés de la propriété apparaissent ainsi comme des droits réels portant sur la chose d'autrui et permettent d'en tirer certaines utilités.

Le démembrement de propriété est donc un mécanisme juridique légal qui permet de séparer la nue-propriété d'un bien immobilier de son usufruit. La nue-propriété, comme son nom l'indique, concerne la propriété du dit bien alors que l'usufruit concerne la jouissance, l'exploitation de ce bien.

2.2.2.3.2 Les caractéristiques juridiques

L'usufruit est un démembrement temporaire de la propriété qui confère à son titulaire, l'usufruitier, l'usage et la jouissance d'une chose ou d'un droit à charge d'en conserver la substance. Il reste ainsi au propriétaire, privé de l'usage et de la jouissance la nue-propriété.

Deux autres éléments permettent de caractériser l'*usus* :

- C'est un véritable droit réel, qui porte directement sur le bien : le droit d'user et de jouir du bien.

  Le locataire dispose lui aussi du droit de jouir et d'user du bien mais c'est un droit personnel issu de la relation bailleur / preneur. Le bail crée un lien d'obligation entre 2 personnes. L'usufruit en revanche fait naître un lien d'obligation entre une personne et un bien. Il n'y a aucun lien d'obligation entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, chacun disposant d'un droit réel distinct et autonome sur le bien.

  Ce droit réel est opposable aux tiers contrairement au droit du locataire purement personnel.

- Le droit d'user est un droit temporaire, c'est un droit viager qui dure tant que vit l'usufruitier.

  Au décès de l'usufruitier, le droit d'user s'éteint, le droit de propriété est reconstitué dans sa plénitude sur la personne du nu-propriétaire.

L'usufruit peut porter non seulement sur des biens envisagés dans leur individualité, mais encore sur l'ensemble ou sur une quote-part d'un patrimoine. L'usufruit peut porter sur toutes sortes de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, déterminés ou sur une universalité de droits.

Le régime juridique de l'usufruit

<u>La constitution de l'usufruit</u>

L'article 579 du Code civil prévoit que « l'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme. ».

L'usufruit peut être ainsi attribué par la loi (Usufruit légal) dans le domaine du droit successoral, mais il peut être constitué par la volonté des parties.

L'entrée en jouissance de l'usufruitier

La possibilité de vendre l'usufruit fait courir au nu-propriétaire le risque de se voir remettre à l'issue de l'usufruit des biens dans un état différent de celui qui était le leur au moment de la constitution de l'usufruit. C'est pourquoi l'entrée en jouissance de l'usufruitier est soumise par la loi à une double condition :

- **La réalisation d'un inventaire des meubles et état des immeubles**

L'article 600 du code civil prévoit que « L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont, mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. ».

Ces actes sont dressés à l'amiable ou par notaire. Ils retracent l'ensemble des meubles et immeubles de l'usufruit et en estiment la valeur en argent, ce qui permettra au nu-propriétaire, lors de la remise des biens, de fixer avec exactitude l'indemnité due par l'usufruitier en cas de détérioration.

- **Fourniture d'une caution**

L'article 601 du code civil prévoit que l'usufruitier « donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit ». Cette caution permet également, en cas de détérioration des biens objet de l'usufruit, de garantir le nu-propriétaire contre l'éventuelle insolvabilité de l'usufruitier.

La caution n'est pas une somme d'argent mais l'engagement d'un tiers à garantir le nu-propriétaire que l'usufruitier se comportera en propriétaire soigneux et diligent.

Le principe est que la caution soit versée et l'inventaire dressé. Toutefois, le plus souvent, l'acte de constitution de l'usufruit dispense l'usufruitier de l'une ou l'autre de ces obligations, dispenses jugées licite par la jurisprudence.

Le fonctionnement

Les droits de l'usufruitier

- En vertu des dispositions de l'article 578 du Code Civil, l'usufruitier a le droit de jouir de la chose comme le propriétaire lui-même à charge d'en conserver la substance.
- Ce droit d'usage et de jouissance l'autorise à percevoir les fruits de la chose (ex : les loyers) mais pas les produits c'est-à-dire tout ce qui touche à la substance de la chose.

Les pouvoirs de l'usufruitier

- L'usufruitier a le droit d'utiliser la chose grevée (*jus utendi* ou *usus*) et pour cela de le prendre dans quelques mains qu'il le trouve, y compris chez le nu-propriétaire.
- La loi indique qu'il en a le droit comme le propriétaire lui-même (article 578 du Code civil). Cependant, à la différence d'un propriétaire, qui a toute liberté pour user comme il l'entend de sa chose, l'usufruitier est obligé de faire preuve de modération, car il doit en conserver la substance : le bien devra être restitué un jour au nu-propriétaire.

- L'usufruitier peut effectuer des actes d'administration.
- A ce titre il peut accomplir tous les actes de la gestion courante (exploitation habituelle du bien). On lui reconnait aussi le droit de conclure des baux d'habitation ou ruraux et commerciaux sous certaines conditions.
- En effet, les baux d'immeubles à usage d'habitation consentis par l'usufruitier sont valables quelle que soit leur durée, mais ne sont opposables au propriétaire que pour le temps restant à courir de la période de neuf en ans en cours à la cessation de l'usufruit (art.595, al.2, C.civ.).
- En revanche les baux à loyers portant sur des immeubles à usage commercial industriel ou artisanal, quelle qu'en soit la durée ne peuvent être passés par l'usufruitier qu'avec le concours du nu-propriétaire. En effet ces baux confèrent au preneur un droit au renouvellement qui est de nature à diminuer la valeur de la propriété.
- L'usufruitier peut également effectuer certains actes de disposition.
- Il a ainsi la faculté de céder son usufruit, le cessionnaire succédant au cédant dans ses droits et obligations, la durée restant identique. La cession de l'usufruit est un acte aléatoire, la valeur étant incertaine ; la rescision pour cause de lésion est donc impossible, même pour des immeubles.
- L'usufruitier a également le droit de percevoir les fruits naturels, industriels et civils que produit le bien grevé (article 582 du Code civil).
- Il acquiert la propriété de ces fruits dès leur éclosion, s'agissant des fruits naturels et des fruits industriels, ou au jour le jour, s'agissant des fruits civils (article 583 du Code civil).
- L'usufruitier n'a pas le droit de disposer du bien, car cela entraverait la vocation du nu-propriétaire à en (re)devenir plein propriétaire.
- L'usufruitier ne peut par conséquent vendre le bien, ni le donner (par don manuel ou donation), le donner en gage, nantissement ou hypothèque, ni percevoir les produits qui en émanent et en altèrent la substance.
- En revanche, étant titulaire unique de son propre droit, le droit d'usufruit, l'usufruitier peut tout à fait le vendre, le donner voire le louer (article 595 alinéa 1er du Code civil). Le nu-propriétaire ne peut s'immiscer dans ces opérations, ni pour y consentir ni pour les interdire.

Les obligations de l'usufruitier

- L'usufruit n'acquiert le droit d'user et de jouir de la chose qu'à charge d'en conserver la substance.
- Cette obligation se traduit lors de l'entrée en jouissance du bien par l'obligation de faire inventaire des meubles et de faire dresser un état des immeubles comme nous l'avons vu précédemment afin de fixer la consistance des biens sujets à restitution.
- A ce titre l'usufruitier ne peut modifier la substance de la chose ou transformer son mode d'exploitation. L'usufruitier ne peut en outre, transformer matériellement la chose ;
- Pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier est tenu de jouir de la chose en bon père de famille et de respecter la destination que le propriétaire avait donnée à la chose.
- Il doit enfin acquitter toutes les charges qui se prélèvent sur les revenus. L'usufruitier doit ainsi supporter les charges normales d'entretien, les impôts.
- Toutes les charges, contributions, taxes et impôts qui frappent les fruits du bien soumis à l'usufruit (taxe foncière) doivent être acquittés par l'usufruitier (article 608 du Code civil) et non par le nu-propriétaire. L'usufruitier qui les paie n'a aucun recours contre le nu-propriétaire.
- L'idée sous-jacente est que l'usufruitier ayant le droit aux fruits et notamment aux loyers du bien qu'il peut louer, il a les moyens d'assumer la charge fiscale de cette jouissance.
- Cette disposition n'est cependant pas d'ordre public et le contrat peut stipuler que le nu-propriétaire sera tenu de toutes ces charges fiscales à la place de l'usufruitier.

- Les autres impôts, qui sont relatifs au bien lui-même (taxe d'habitation par exemple), sont soit payés par le nu-propriétaire, les intérêts de retard étant imputés au compte dettes de l'usufruitier à la fin de l'usufruit ; soit avancés par l'usufruitier qui pourra se faire rembourser leur capital par le nu-propriétaire à la fin de l'usufruit, les intérêts de retard restant à sa charge (article 609).

Par opposition, l'article 605 du même Code prévoit que les grosses réparations demeurent à la charge du nu-propriétaire en ce qu'elles touchent à la substance de la chose.

A la fin de l'usufruit, l'usufruitier est tenu de restituer les biens au propriétaire. La restitution a lieu en principe en nature. Un règlement de comptes peut être alors nécessaire si les biens sont détériorés ou si l'usufruitier a assumé des réparations incombant au nu-propriétaire.

Toutefois, en application des dispositions de l'article 599 du Code Civil toute indemnisation de l'usufruitier en raison des améliorations ou constructions qu'il aurait pu faire est exclue.

L'usufruitier est tenu d'avertir spontanément le nu-propriétaire de toute usurpation ou atteinte aux droits de ce dernier qu'un tiers commettrait au cours de l'usufruit. A défaut d'en informer le nu-propriétaire, l'usufruitier est responsable de tout dommage qui en résulte pour le nu-propriétaire (article 614).

Les tribunaux ont ajouté, dans le cas d'un usufruit portant sur un portefeuille de valeurs mobilières (actions, obligations, etc.), que l'usufruitier est tenu, sur demande du nu-propriétaire, de lui communiquer la valeur et la consistance du portefeuille.

Cette obligation d'information ne s'impose à l'usufruitier que si le nu-propriétaire lui présente une demande d'information. L'usufruitier n'est pas tenu de la communiquer spontanément.

Les droits du nu-propriétaire

Les droits du nu-propriétaire sont très limités.

Il peut effectuer des actes de disposition et céder la nue-propriété du bien. Titulaire de son droit de nue-propriété, le nu-propriétaire est en droit de vendre, donner, louer sa nue-propriété, sans l'accord de l'usufruitier, de la même manière que celui-ci le peut de son droit d'usufruit (article 595 alinéa 1er du Code civil).

L'acquéreur ne devient pas alors plein propriétaire du bien, mais doit souffrir la présence de l'usufruitier.

La vente du bien grevé d'usufruit sans l'accord de l'usufruitier ne modifie pas en effet le droit de ce dernier, qui continue à jouir de son usufruit sur le bien, sauf renonciation (article 621 alinéa 2).

Il peut en outre surveiller l'usufruitier et demander la déchéance en cas d'abus de jouissance.

Le nu-propriétaire est fondamentalement le propriétaire du bien soumis à l'usufruit, puisqu'il a vocation à en recouvrer ou à en obtenir, s'il ne l'avait pas déjà initialement, la pleine propriété. Cette vocation justifie qu'il puisse en cours d'usufruit accomplir des actes conservatoires sur le bien s'il apparaît que, malgré l'urgence, l'usufruitier n'intervient pas.

L'intervention du nu-propriétaire suppose que l'acte à accomplir, matériel, juridique ou judiciaire soit destiné, dans l'urgence, à soustraire le bien à un péril imminent, sans porter atteinte aux droits de l'usufruitier.

Les obligations du nu-propriétaire

Le nu-propriétaire n'est certes pas à proprement parler débiteur de l'usufruitier. En outre, il est fondamentalement le propriétaire du bien grevé d'usufruit.

Toutefois, dans la mesure où un autre que lui jouit légitimement d'un droit réel concurrent sur sa chose, le nu-propriétaire est tenu d'une obligation négative (inhérente à sa qualité de nu-propriétaire et due par toute personne qui le sera si l'identité de son titulaire change) : celle de ne pas nuire, de son fait et de quelque manière que ce soit, aux droits de l'usufruitier (article 599 du Code civil).

Le nu-propriétaire est tenu de pourvoir aux grosses réparations mais l'usufruitier ne peut l'y contraindre sauf convention contraire. Toutefois, s'i l'usufruitier y pourvoit le remboursement se fera à l'issue de l'usufruit lors du règlement des comptes.

- <u>L'extinction de l'usufruit</u>

L'usufruit est essentiellement temporaire.

Le droit d'usufruit peut disparaître de plusieurs manières et il en résulte diverses conséquences pour le nu-propriétaire. En droit, on fait référence à la notion de causes d'extinction de l'usufruit.

- **Mort de l'usufruitier (personne physique) :** le droit d'usufruit s'éteint par le décès de l'usufruitier (article 617 alinéa 2 du Code civil), lorsque celui-ci est une personne physique. C'est ainsi un droit viager et, plus encore, non transmissible à cause de mort. Il s'ensuit que si l'usufruitier vend ou donne son droit à un autre, comme il le peut, le nouvel usufruitier n'en jouira pas jusqu'à son décès, mais jusqu'au décès du premier usufruitier (dit « usufruitier originaire »).

- **Expiration d'un délai de 30 ans (pour les personnes morales)** : lorsque l'usufruit a été accordé à une personne morale, par exemple une association ou une société, peu important qu'il ait été ensuite cédé ou donné à une personne physique, le droit d'usufruit ne dure que 30 ans (article 619 du Code civil).

  Cette disposition est d'ordre public. Il n'est donc pas possible pour le nu-propriétaire et l'usufruitier personne morale de stipuler dans un contrat que l'usufruit durera plus longtemps. Le terme extinctif qui serait de plus de 30 ans que les parties auraient prévu ne peut être appliqué.

  Cette règle des 30 ans, est un peu rigide : elle s'applique même si le nu-propriétaire est une société, dont la durée est de 99 ans dans le silence de ses statuts, durée pouvant de surcroît être prorogée (articles 1838 et 1844-6 du Code civil).

- **Expiration du terme prévu :** le droit d'usufruit cesse au jour où expire le temps pour lequel il a été accordé (article 617 alinéa 3 du Code civil), c'est-à-dire au terme (extinctif), lequel doit être :
  - antérieur au décès de l'usufruitier, quand il s'agit d'une personne physique ;
  - antérieur à une durée de 30 ans à compter de la conclusion du contrat d'usufruit, si l'usufruitier a été octroyé à une personne morale.

  L'extinction de l'usufruit intervient alors de plein droit, automatiquement. Il n'est nul besoin de la faire constater par un tribunal.

- **Non-usage du droit pendant 30 ans :** le droit d'usufruit se perd de plein droit, automatiquement, si l'usufruitier n'utilise pas le bien et ne perçoit pas ses fruits pendant 30 ans (article 617 alinéa 5). Encore faut-il parvenir à le démontrer.

- **Perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi :** si le bien grevé d'usufruit vient à périr complètement, par exemple un immeuble dans un incendie, le droit de l'usufruitier s'éteint automatiquement (article 617 dernier alinéa).

  Cette extinction intervient, que l'usufruitier soit à l'origine fautive ou non de la perte. S'il s'agissait d'un bâtiment, qui est détruit, l'usufruitier ne peut pas même prétendre conserver son usufruit au moins sur le sol et les matériaux, sauf si son usufruit portait sur le bâtiment et tout le domaine (article 624 du Code civil).

  En revanche, si la perte est fortuite, c'est-à-dire résulte d'un cas de force majeure, et partielle, le droit d'usufruit se maintient sur la partie du bien qui n'est pas détruite (article 623 du Code civil).

- **Abus de jouissance :** l'usufruitier peut être déchu de son droit par décision de justice, sur demande du nu-propriétaire, si le tribunal constate que l'usufruitier a abusé de sa jouissance. L'abus de jouissance est caractérisé lorsque l'usufruitier a commis des dégradations sur le bien grevé d'usufruit ou a laissé dépérir le bien faute de l'avoir entretenu comme il le doit. Les tribunaux retiennent d'autres circonstances propres à concrétiser un abus de jouissance.

Exemple

Cas d'abus de jouissance - Le fait de consentir un bail commercial, sans l'accord du nu-propriétaire, alors qu'il est requis (article 595 alinéa 2 du Code civil), et de surcroît dans des locaux inadaptés à une activité commerciale, a été retenu comme un abus de jouissance. Il en va pareillement pour le fait de laisser des personnes sans droit (occupants sans titre) dans les locaux grevés d'usufruit. Ou encore, pour une personne ayant reçu un fonds de commerce en usufruit de ne pas l'exploiter.

Le tribunal est libre de prononcer ou non cette déchéance d'usufruit. Son appréciation est souveraine.

S'il la prononce et ordonne ainsi la rentrée en jouissance du nu-propriétaire dans son bien, il peut décider que l'usufruitier ne percevra aucune indemnité s'il estime que les circonstances sont à ce point graves que le l'usufruitier ne mérite pas, en contrepartie de cette extinction prématurée de son usufruit, de recevoir une somme annuelle jusqu'au moment où son droit d'usufruit aurait dû cesser (article 618 du Code civil).

Réunion sur la tête d'un seul des qualités de nu-propriétaire et d'usufruitier : le droit d'usufruit s'éteint lorsqu'il est transmis (à cause de mort) ou cédé (vendu) ou donné au nu-propriétaire (article 617 alinéa 4 du Code civil).

Il se peut aussi qu'une personne acquiert par un même achat le droit de l'usufruitier et le droit du nu-propriétaire.

Dans ce cas, cette personne ne reçoit que la (pleine) propriété du bien, sans avoir été un seul instant nu-propriétaire avant d'être usufruitier ou l'inverse. Si le bien était loué à un fermier, celui-ci peut l'acheter alors par priorité, car son droit de préemption est opposable au nouveau propriétaire (alors qu'il ne le serait pas à un nu-propriétaire ou à un usufruitier).

Les conséquences de l'extinction de l'usufruit

Le nu-propriétaire devient alors plein propriétaire du bien et bénéficie de toutes ses utilités, dans les termes de l'article 544 du Code civil.

Le sort des améliorations

A la cessation de l'usufruit, ni l'usufruitier (s'il n'est pas décédé), ni ses héritiers (s'il a quitté ce monde), ne peuvent réclamer au nu-propriétaire devenu plein propriétaire une indemnité pour les améliorations faites ou prétendument faites. La règle s'applique même si la valeur du bien a augmenté (article 599 alinéa 2 du Code civil).

L'usufruitier d'un bien immobilier ou ses héritiers peuvent seulement enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il avait fait placer, mais à charge de rétablir les lieux dans leur état initial (article 595 alinéa 3).

L'usufruitier ou ses héritiers peuvent également réclamer au nu-propriétaire devenu plein propriétaire la plus-value résultant des grosses réparations que l'usufruitier a faites en cours d'usufruit, alors qu'elles incombaient au nu-propriétaire (article 605).

Le sort des locations d'habitation consenties

Si l'usufruitier avait consenti un bail d'habitation au cours de l'usufruit (qui vient de cesser), ce bail se poursuit jusqu'à son terme si celui-ci est égal ou inférieur à 9 ans, même s'il avait été renouvelé. Le nu-propriétaire doit patienter alors même qu'il n'a jamais donné son accord à l'occupation de son logement par le(s) locataire(s). Il peut donner congé passés les 9 ans au locataire en se fondant seulement sur l'article 595 alinéa 2 du Code civil.

Si en revanche le bail était d'une durée supérieure à 9 ans, il n'est opposable au nu-propriétaire que dans la limite d'une durée de 9 ans à compter de la conclusion du contrat (s'il n'a jamais été renouvelé) ou de son dernier renouvellement, s'il a eu lieu avant la cessation de l'usufruit. Passés les 9 ans, le nu-propriétaire peut donner congé au locataire en son fondant sur l'article 595 alinéa 2 du Code civil.

2.2.2.3.3 La fiscalité

<u>Evaluation de la nue-propriété et de l'usufruit entre personnes morales</u>

Un usufruit constitué au profit d'une personne morale ne peut avoir une durée supérieure à 30 ans. Sa valeur maximale est de 69% de la valeur en pleine propriété de l'immeuble.

Nu-propriétaire

L'immeuble dont la propriété est démembrée est inscrit à l'actif du nu-propriétaire qui est le seul titulaire du droit à l'amortir.

La base d'amortissement est soit la valeur de la nue-propriété si l'immeuble a été acquis en nue-propriété, soit son prix d'origine si le démembrement a lieu après son acquisition.

Il déduit les charges afférentes à l'immeuble.

Il est imposé sur la plus-value de cession de l'immeuble selon le régime des plus-values.

Usufruitier

Il ne peut déduire que les charges supportées pour faire face à ses obligations d'usufruitier.

Si l'immeuble est donné en location, il est imposé sur les loyers à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun.

Il peut amortir le droit d'usufruit dont il est titulaire si ce dernier est inscrit à son actif (immobilisation) et qu'il est soumis à une dépréciation.

Cession des droits de nue-propriété et d'usufruit

Impôt sur les sociétés

S'agissant de droits réels immobiliers, la cession est soumise aux règles des plus-values.

TVA/ Droits d'enregistrement

L'usufruit est un droit réel immobilier et assimilé au régime des livraisons d'immeubles. Les opérations portant sur les droits assimilés aux immeubles sont soumises à la TVA (de plein droit ou sur option selon la nature de l'immeuble auquel ils se rapportent) lorsqu'elles sont réalisées par un assujetti agissant en tant que tel.

L'assujettissement à la TVA ou aux droits d'enregistrement va donc dépendre du régime de l'immeuble auxquels les droits se rapportent.